



الانصافُ

في معرفةِ الرَّاجِحِ مِنَ الْخِلَافِ

عَلَى مَذْهَبِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ

لِلإِمَامِ عَلَاءِ الدِّينِ أَبِي الْحَسَنِ عَلِيِّ بْنِ سُلَيْمَانَ بْنِ أَحْمَدَ
الْمَدَاوِيِّ السَّعْدِيِّ الْحَنْبَلِيِّ
المتوفى سنة ٨٨٥ هـ

تحقيق
أبي عبد الله محمد محسن محمد محسن إسماعيل الشافعي

الجزء السابع

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لحداو الكتب
العالمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة
أو إعادة تخييد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة
كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات
ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى

١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م

دار الكتب العالمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الطريق، شارع البحري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) -
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohitory st., Melkart bldg., 1st Floore.

Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98

P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الوقف

قوله: ﴿وَهُوَ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْيِيلُ الْمُنْفَعَةِ﴾^(١).

وكذا قال فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافى^(٢)،
والتلخيص، والرعايتين، والحاوى الصغير، والوجيز، والفائق، وغيرهم.
قال الزركشى: وأراد - مَنْ حَدَّ بِهَذَا الْحَدِّ - مع شروطه المعتبرة. وأدخل غيرهم
الشروط فى الحد. انتهى.

وقال فى المطلع: وحدّ المصنف لم يجمع شروط الوقف. وحدّه غيره فقال: تحييس
مالك مطلق التصرف ماله المتتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف فى رقبته،
يصرف ريعه إلى جهة برّ، تقرباً إلى الله تعالى. انتهى.
وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: وأقرب الحدود فى الوقف: أنه كل عين تجوز
عاريتها.

فأدخل فى حده أشياء كثيرة، لا يجوز وقفها عند الإمام أحمد رحمه الله،
والأصحاب. يأتى حكمها.

قوله: ﴿وَفِيهِ رَوَايَتَانِ. إِحْدَاهُمَا: أَنَّهُ يَخْصُلُ بِالْقَوْلِ وَالْفِعْلِ الدَّالُّ عَلَيْهِ﴾.

كما مثّل به المصنف. وهذا المذهب^(٣).

قال المصنف، والشارح، وصاحب الفائق، وغيرهم: هذا ظاهر المذهب.
قال الحارثى: مذهب أبى عبد الله رحمه الله: انعقاد الوقف به. وعليه الأصحاب.
انتهى.

(١) تعريف الوقف: - (عرفه فى المغنى [الوقف منه وقفت وقفا ولا يقال أوقفت والوقف مستحب ومعناه
تحييس الأصل وتسبيل الثمرة] المغنى [١٨٥/٦]. وعرفه فى الشرح [هو تحييس الأصل وتسبيل
المنفعة] الشرح [١٨٥/٦]. وعرفه فى العمدة [هو تحييس الأصل وتسبيل الثمرة] العمدة [٢٨٠].
(٢) عرفه فى الكافى (معناه تحييس الأصل وتسبيل الثمرة) الكافى (٢/ ٢٥٠).
(٣) ذكره فى الشرح (قال وفيه روايتان إحداهما أنه يحصل بالقول والفعل الدال عليه. ظاهر المذهب أن
الوقف يحصل مع القرائن الدالة عليه. الثانية: - لا يصح إلا بالقول) الشرح (٦ / ١٨٦).

٤ كتاب الوقف

وجزم به فى الجامع الصغير، ورعوس المسائل للقاضى، ورعوس المسائل لأبى الخطاب، والكافى^(١)، والعمدة^(٢)، والوجيز، ووجيهم. وقدمه فى الفروع وغيره. والرواية الأخرى: لا يصح إلا بالقول وحده. كما مثل المصنف. ذكرها القاضى فى المجرد. واختاره أبو محمد الجوزى.

ومنع المصنف دلالتها. وجعل المذهب رواية واحدة. وكذلك الحارثى. فائدة: قال فى المطلع: السقاية — بكسر السين — الذى يتخذ فيه الشراب فى المواسم، وغيرها. عن ابن عباد. قال: والمراد هنا بالسقاية: البيت المبنى لقضاء حاجة الإنسان. سمي بذلك تشبيهاً بذلك.

قال: ولم أره منصوفاً عليه فى شيء من كتب اللغة والغريب. إلا بمعنى موضع الشراب، وبمعنى الصواع. انتهى.

قال: الحارثى: أراد بالسقاية: موضع التطهر وقضاء الحاجة، بقيد وجود الماء. قال: ولم أجد ذلك فى كتب اللغويين. وإنما هى عندهم مقولة بالاشتراك على الإناء الذى يسقى به، وعلى موضع السقى. أى المكان المتخذ به الماء. غير أن هذا يقرب ما أراد المصنف بقوله: (وشرعها) أى فتح بابها. وقد يريد به معنى الورد. انتهى. قلت: لعله أراد أعم مما قالوا. فيدخل فى كلامه: لو وقف خاوية للماء على الطريق، ونحوه. وبني عليها، ويكون ذلك تسبيلاً له. وقد صرح بذلك المصنف فى المغنى، وغيره.

قال الزركشى: لو وقف سقاية: ملك الشرب منها. لكن يرد على ذلك قوله (ويشرعها لهم).

تنبيه: قوله: ﴿مِثْلَ أَنْ يَبْنَى مَسْجِداً﴾.

أى: يبنى بنياناً على هيئة المسجد.

﴿وَيَأْذَنُ لِلنَّاسِ فِي الصَّلَاةِ فِيهِ﴾.

أى إذناً عاماً. لأن الإذن الخاص: قد يقع على غير الموقوف. فلا يفيد دلالة الوقف. قاله الحارثى

(١) ذكره فى الكافى قال (ويصح الوقف بالقول والفعل الدال عليه مثل أن يبنى مسجداً ويأذن للناس فى الصلاة فيه) الكافى (٢/٢٥٣).

(٢) جزم به أيضاً فى العمدة فقال (ويصح الوقف بالقول والفعل الدال عليه) العمدة (٢٨١).

كتاب الوقف ٥

قوله: ﴿وَصَرِيحُهُ: وَقَفْتُ، وَحَبَسْتُ، وَسَبَلْتُ﴾.

وقفت، وحبست: صريح فى الوقف، بلا نزاع. وهما مترادفان، على معنى الاشتراك فى الرقبة عن التصرفات المزية للملك.

وأما: ﴿سَبَلْتُ﴾ فصريحة على الصحيح من المذهب^(١). وعليه الأصحاب.

وقال الحارثي: والصحيح أنه ليس صريحاً. لقوله عليه الصلاة والسلام: حَبَسَ الْأَصْلَ، وَسَبَّلَ الثَّمَرَةَ.

غايير بين معنى التحبيس و التسييل فامتنع كون أحدهما صريحاً فى الآخر.

وقد علم كون الوقف: هو الإمساك فى الرقبة عن أسباب التملكات. والتسييل: إطلاق التملك. فكيف يكون صريحاً فى الوقف؟ انتهى.

قوله: ﴿وَكِنَايَتُهُ: تَصَدَّقْتُ، وَحَرَمْتُ، وَأَبَدْتُ﴾.

أما (تصدقت، وحرمت) فكناية فيه بلا خلاف أعلمه.

وأما (أبدت) فالصحيح من المذهب: أنها من ألفاظ الكناية، وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به الأكثر.

وذكر أبو الفرج أن (أبدت) صريح فيه.

قوله: ﴿فَلَا يَصَحُّ الْوَقْفُ بِالْكِنَايَةِ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُ﴾. بلا نزاع.

﴿أَوْ يَقْرَأَ بِهَا أَحَدَ الْأَلْفَاظِ الْبَاقِيَةِ﴾.

يعنى: الألفاظ الخمسة من الصريح والكناية.

﴿أَوْ حُكِمَ الْوَقْفُ، فَيَقُولُ، تَصَدَّقْتُ صَدَقَةً مَوْقُوفَةً، أَوْ مُحَبَّسَةً، أَوْ مَسْبَلَةً، أَوْ

مُؤَبَّدَةً، أَوْ لَا تَبَاغُ وَلَا تُوهَبُ، وَلَا تُورَثُ.﴾

وهذا الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب^(٢). وذكر أبو الفرج: أن قوله (صدقة موقوفة، أو مؤبدة، أو لا يباع) كناية.

(١) ذكره فى الشرح (قال: - صريحه وقفت وسيلت وحبست فمتى أتى بواحدة منهما صار وقفاً من غير انضمام أمر زائد لأن هذه الألفاظ ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس وانضم إلى ذلك عرف الشرح يقول النبي ﷺ لعمر (إن شئت حبست أصلها وسبلت ثمرتها) فصارت هذه الألفاظ فى الوقف كللفظ التطبيق فى الطلاق) الشرح الكبير (٦ / ١٨٧). ذكره فى الكافى (٢ / ٢٥٣) المغنى (٦ / ١٩٠).

(٢) ذكره فى الشرح قال - (أورضيف إليها لفظة تخلصها من الألفاظ الخمسة فيقول صدقة موقوفة أو منحوسة أو مسبلة أو مؤبدة) الشرح (٦ / ١٨٨) المغنى (٦ / ١٩١) الكافى (٢ / ٢٥٣) المحرر (١ / ٣٧٠).

٦ كتاب الوقف

وقال الحارثي: إضافة (التسبيل) مجردة إلى (الصدقة) لا يفيد زوال الاشتراك. فإن التسبيل إنما يفيد ما تفيد الصدقة، أو بعضه. فلا يفيد معنى زائداً.

وكذا لو اقتصر على إضافة (التأييد) إلى (التحريم) لا يفيد الوقف، لأن التأييد قد يريد به دوام التحريم. فلا يخلص اللفظ عن الاشتراك. قال: وهذا الصحيح. انتهى.

وقد قال المصنف^(١)، والشارح، وغيرهما: لو جعل علو بيته أو سفله مسجداً صح. وكذا لو جعل وسط داره مسجداً، ولم يذكر الاستطراق: صح، كالبيع.

قال في الفروع: فيتوجه منه الاكتفاء بلفظ يشعر بالمقصود. وهو أظهر على أصلنا. فيصح (جعلت هذا المسجد) أو (في المسجد) ونحوه. وهو ظاهر نصوصه.

وصح في رواية يعقوب: وقف من قال (قريتي التي بالثغر لموالي الذين به، ولأولادهم) قاله شيخنا.

وقال: إذا قال واحد، أو جماعة (جعلنا هذا المكان مسجداً، أو وقفاً) صار مسجداً، ووقفاً بذلك. وإن لم يكملوا عمارته.

وإذا قال كل منهم (جعلت ملكي للمسجد) أو (في المسجد) ونحو ذلك. صار بذلك حقاً للمسجد. انتهى.

فائدتان

إحدهما: إذا قال (تصدقت بأرضي على فلانا - وذكر معيناً، أو معينين - والنظر لى أيام حياتي. أو لفلان. ثم من بعده لفلان) كان مفيداً للوقف. وكذا لو قال (تصدقت به على فلان. ثم من بعده: على ولده، أو على فلان) أو (تصدقت به على قبيلة كذا) أو (طائفة كذا) كان مفيداً للوقف. لأن ذلك لا يستعمل فيما عداه. فالشركة منتفية.

الثانية: لو قال (تصدقت بداري على فلان) ثم قال بعد ذلك (أردت الوقف) ولم يصدقه فلان: لم يقبل قول المتصدق في الحكم. لأنه مخالف للظاهر.

قلت: فيعابى بها.

قوله: ﴿وَلَا يَصَحُّ إِلَّا بِشُرُوطٍ أَرْبَعَةٍ. أَحَدُهَا: أَنْ يَكُونَ فِي عَيْنٍ يَجُوزُ بَيْعُهَا وَيُمْكِنُ الْإِنْفَاقُ بِهَا دَائِمًا مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهَا﴾.

(١) ذكره المصنف في المغني فقال (لأنه يصرح ببيعها كذلك يصح وقفه كالدار جميعها لأنه تصرف يزيل الملك إلى من ثبت له حق الاستقرار والتصرف فجاز) المغني (٦ / ١٩٦).

كتاب الوقف ٧

يعنى فى العرف. كالإجارة. وهذا المذهب. وعليه الأصحاب.

واعتبر أبو محمد الجوزى بقاءً متطاولاً. أدناه: عمر الحيوان.

قوله: ﴿كَالْعَقَارِ، وَالْحَيَوَانَ، وَالْأَثَاثِ، وَالسَّلَاحِ﴾.

أما وقف غير المنقول: فيصح بلا نزاع.

وأما وقف المنقول - كالحَيَوَانَ، والأَثَاثِ، والسَّلَاحِ، ونحوها -

فالصحيح من المذهب: صحة وقفها. وعليه الأصحاب^(١). ونص عليه.

وعنه: لا يصح وقف غير العقار. نص عليه فى رواية الأثرم، وحنبل.

ومنع الحارثى دلالة هذه الرواية، وجعل المذهب رواية واحدة.

ونقل المروذى: لا يجوز وقف السلاح. ذكره أبو بكر.

وقال فى الإرشاد: لا يصح وقف الثياب.

قوله: ﴿وَيَصَحَّ وَقْفُ الْمَشَاعِ﴾.

هذا المذهب^(٢). نص عليه. وعليه الأصحاب قاطبة.

وفى طريقة بعض الأصحاب: ويتوجه من عدم صحة إجارة المشاع: عدم صحة وقفه.

فائدة: قال فى الفروع: يتوجه أن المشاع لو وقفه مسجداً ثبت فيه حكم المسجد فى الحال، فيمنع من الجنب. ثم القسمة متعينة هنا، لتعينها طريقاً للانتفاع بالمووقوف. انتهى.

وكذا ذكره ابن الصلاح.

قوله: ﴿وَيَصَحَّ وَقْفُ الْحَلِيِّ لِلْبَسِ وَالْعَارِيَةِ﴾.

هذا المذهب^(٣). وعليه جماهير الأصحاب.

(١) ذكره فى المغنى قال - (كان أصلاً يبقى متصلاً كالعقار والحيوانات والسلاح والأثاث وأشباه ذلك قال: أحمد فى رواية الأثرم: إنما الوقف فى الدور والأرضين وقال النبى ﷺ (قال أما خالد فقد احتبس أذراعه وعتاده فى سبيل الله (متفق عليه. المغنى (٦ / ٢٣٧) الشرح (٦ / ١٨٨) الكافى (٢ / ٢٥٠).
(٢) ذكره فى المغنى واستبدل بما روى عن عمر أنه أصاب مائة سهم من خير واستأذن النبى ﷺ فيها فأمره بوقفها وهذا صفة المشاع) المغنى (٦ / ٢٣٨) والكافى (٢ / ٢٥٠) المحرر (١ / ٣٦٩).
(٣) صرح به فى المغنى (قال أما الحلّى فيصح وقفه للبس والعارية لما روى نافع قال ابتاعت حفصة حلياً -

٨ كتاب الوقف

قال المصنف وغيره: هذا المذهب. قال الحارثي: هذا الصحيح.
 وذكره صاحب التلخيص عن عامة الأصحاب.
 واختاره القاضي، وأبو الخطاب، وابن عقيل، والمصنف، والشارح، في آخرين
 ونقلها الخرقى، وحزم به في الوجيز وغيره. وقدمه في الفروع في الحلبي وغيره.
 وعنه: لا يصح. اختاره ابن أبي موسى. ذكره الحارثي. وتأولها القاضي، وابن عقيل.
 قال في التلخيص: وهذه الرواية مبنية على ما حكيناه عنه في المنع في وقف
 المنقول. وأطلقهما في الرعاية.
 فائدة: لو أطلق وقف الحلبي: لم يصح. قطع به في الفائق.
 قلت: لو قيل بالصحة، ويصرف إلى اللبس والعارية: لكان متجها. وله نظائر.
 قوله: ﴿وَلَا يَصَحَّ وَقْفٌ غَيْرُ مُعَيَّنٍ، كَأَحَدِ هَذَيْنِ﴾.
 هذا المذهب بلا ريب. وعليه الأصحاب.
 وقال في التلخيص: ويحتمل أن يصح، كالتعق.
 ونقل جماعة عن الإمام أحمد رحمه الله - فيمن وقف داراً ولم يحدها - قال: يصح،
 وإن لم يحدها. إذا كانت معروفة. اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله.
 فعلى الصحة: يخرج المبهمة بالقرعة. قاله الحارثي، وصاحب الرعاية وغيرهما.
 قوله: ﴿وَلَا يَصَحَّ وَقْفٌ مَالاً يَجُوزُ يَبْعُهُ، كَأَمِّ الْوَلَدِ وَالْكَلْبِ﴾.
 أما أم الولد: فالصحيح من المذهب، وعليه الأصحاب: أنه لا يصح وقفها. قطع به
 في المغنى^(١)، والشرح^(٢)، وشرح الحارثي، والفروع وغيرهم.
 وقيل يصح. قاله في الفائق.
 وأطلقهما في الرعاية الصغيرى، والحاوى الصغير.
 قلت: فلعل مراد القائل بذلك: إذا قيل بجواز بيعها. أو أنه يصح مادام سيدها
 حياً. على قول يأتى.

«بعشرين ألف فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته رواه الخلال بأسفاره ولأنه عين
 يمكن الانتفاع بها مع بقاءها دائماً فصح وقفها كالعقار ولأنه يصح تحبیس أصلها وتسبيل الثمرة فصح
 وقفها كالعقار» المغنى (٦ / ٢٣٥) والشرح (٦ / ١٩٠).

(١) حزم به في المغنى قال (ولا وقف ما لا يجوز بيعه كأم الولد والمرهون والكلب والخنزير) المغنى
 (٦ / ٢٣٦).

(٢) ذكره أيضاً في الشرح كما في المغنى. الشرح (٦ / ١٩١).

كتاب الوقف ٩

تم وجدت صاحب الرعاية الكيرى قال: وفى أم الولد وجهان.
قلت: إن صح بيعها صح وقفها. وإلا فلا. انتهى.
لكن ينبغى على هذا أن يصح وقفها. قولاً واحداً.
وعند الشيخ تقي الدين رحمه الله: لا يصح وقف منافع أم الولد فى حياته.

فائدتان

إحداهما: قال الحارثى: المكاتب - إن قيل يمنع بيعه - فكأن الولد.
وإن قيل بالجواز - كما هو المذهب - فمقتضى ذلك: صحة وقفه. ولكن إذا
أدى: هل يبطل الوقف؟ يحتاج إلى نظر. انتهى.
الثانية: حكم وقف المدبر حكم بيعه. على ما يأتى فى باب. ذكره فى الرعايتين،
والزركشى وغيرهم.
وأما (الكلب) فالصحيح من المذهب: أنه لا يصح وقفه. وعليه الأصحاب. لأنه
لا يصح بيعه.
وقال الحارثى فى شرحه: وقد نخرج الصحة من جواز إعارة الكلب المعلم كما نخرج
جواز الإجارة. لحصول نقل المنفعة، والمنفعة مستحقة بغير إشكال. فجاز أن تنقل.
قال: والصحيح اختصاص النهى عن البيع بما عدا كلب الصيد. بدليل رواية حماد
ابن الزبير، عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ عن ثمن
الكلب، والسنور، إلا كلب الصيد» والإسناد جيد. فيصح وقف المعلم. لأن بيعه جائز.
وفى معناه جوارح الطير، وسباع البهائم الصيادة يصح وقفها ويجوز بيعها،
بخلاف غير الصيادة.
ومر فى المذهب رواية بامتناع بيعها - أعنى الصيادة - فيمتنع وقفها، والأول:
أصح. انتهى.
قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: يصح وقف الكلب المعلم، والجوارح المعلمة،
وما لا يقدر على تسليمه.

قوله: ﴿وَلَا مَالًا يُنْتَفَعُ بِهِ مَعَ بَقَائِهِ دَائِمًا، كَالْأَثْمَانِ﴾.

إذا وقف الأثمان. فلا يخلو: إما أن يقفها للتحلى والوزن، أو غير ذلك.

١٠ كتاب الوقف

فإن وقفها للتحلى والوزن، فالصحيح من المذهب: أنه لا يصح. ونقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله. وهو ظاهر ما قدمه فى المغنى^(١)، والشرح^(٢).

قال الحارثى: وعدم الصحة أصح.

وقيل: يصح. قياساً على الإجارة.

قال فى التلخيص: إن وقفها للزينة بها. فقياس قولنا فى الإجارة: أنه يصح.

فعلى هذا: إن وقفها وأطلق: بطل الوقف. على الصحيح.

وقيل: يصح، ويحمل عليهما.

وإن وقفها لغير ذلك: لم يصح. على الصحيح من المذهب.

وقال فى الفائق وعنه: يصح وقف الدراهم. فيتتفع بها فى القرض ونحوه.

اختاره شيخنا. يعنى به الشيخ تقي الدين رحمه الله.

وقال فى الاختبارات: ولو وقف الدراهم على المحتاجين: لم يكن جواز هذا بعيداً.

فائدتان

إحدهما: لو وقف قنديل ذهب، أو فضة على مسجد: لم يصح. وهو باق على ملك ربه فيزكيه. على الصحيح من المذهب.

وقيل: يصح. فيكسر ويصرف فى مصالحه. اختاره المصنف.

قلت: وهذا هو الصواب.

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: لو وقف قنديل نقد للنبي ﷺ: صرف لجيرانه ﷺ قيمته.

وقال فى موضع آخر: النذر للقبور هو للمصالح، ما لم يعلم ربه، وفى الكفارة الخلاف. وإن من الحسن صرفه فى نظيره من المشروع.

ولو وقف فرساً بسرج ولجام مفضض: صح. نص عليه تبعاً.

وعنه: تباع الفضة وتصرف فى وقف مثله.

(١) قدمه فى المغنى قال (قل ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدنانير والدراهم لا يصح وقفه) المغنى (٦ / ٢٣٥).

(٢) ذكره وقدمه أيضاً فى الشرح قال (لأن الوقف تحييس الأصل وتسهيل المنفعة وما لا يتتفع به بالإتلاف إلا يصح ذلك فيه) الشرح (٦ / ١٩١).

كتاب الوقف ١١

وعنه: ينفق عليه.

الثانية: قال فى الفائق: ويجوز وقف الماء. نص عليه.

قال فى الفروع، وفى الجامع: يصح وقف الماء. قال الفضل: سألته عن وقف الماء؟

فقال: إن كان شيئاً استجازوه بينهم جاز.

وحمله القاضى وغيره على وقف مكانه.

قال الحارثى: هذا النص يقتضى تصحيح الوقف لنفس الماء، كما يفعله أهل دمشق. يقف أحدهم حصّة أو بعضها من الماء النهر. وهو مشكل من وجهين.

أحدهما: إثبات الوقف فيما لم يملكه بعد. فإن الماء يتجدد شيئاً فشيئاً.

الثانى: ذهاب العين بالانتفاع.

ولكن قد يقال: بقاء مادة الحصول من غير تأثر بالانتفاع ينزل منزلة بقاء أصل العين مع الانتفاع.

ويؤيد هذا: صحة وقف البئر. فإن الوقف وارد على مجموع الماء والحفيرة. فالماء أصل فى الوقف. وهو المقصود من البئر. ثم لا أثر لذهاب الماء بالاستعمال، لتجدد بدله. فهنا كذلك. فيجوز وقف الماء كذلك. انتهى.

قوله: ﴿وَالْمَطْعُومُ وَالرِّيحَانُ﴾.

يعنى: لا يصح وقفها. وهو صحيح. وهو المذهب^(١). وعليه الأصحاب.

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: لو تصدق بدهن على مسجد ليوقد فيه: جاز. وهو من باب الوقف. وتسميته وقفاً - بمعنى أنه وقف على تلك الجهة لا ينتفع به فى غيرها - لا تأباه اللغة. وهو جار فى الشرع.

وقال أيضاً: يصح وقف الريحان ليشمه أهل المسجد.

قال: وطيب الكعبة حكمه حكم كسوتها. فعلم أن التطيب منفعة مقصودة. لكن قد تطول مدة التطيب وقد تقصر، ولا أثر لذلك.

(١) ذكره فى المغنى (قال - والمطعوم والمشروب ولا ما يسرع إليه الفساد من المشمومات والريحان وأشباهاها لأنها تتلف على قرب من الزمان فأشبهت المطعوم) المغنى (٦ / ٢٣٦) والشرح (٦ / ١٩١) والكافى (٢ / ٢٥٠) العمدة (٢٨٠).

١٢ كتاب الوقف

قال الحارثي: وما يبقى أثره من الطيب - كالدند والصندل، وقطع الكافور - لشم المريض وغيره: فيصح وقفه على ذلك، لبقائه مع الانتفاع. وقد صحت إجارته لذلك فصح وقفه. انتهى.

وهذا ليس داخلاً في كلام المصنف.

والظاهر: أن هذا من المتفق على صحته لوجود شروط الوقف.

قوله: ﴿الثاني: أَنْ يَكُونَ عَلَى بَرٍّ﴾.

وسواء كان الواقف مسلماً أو ذمياً. نص عليه الإمام أحمد رحمه الله.

كالمساكين والمساجد والقناطر والأقارب. وهذا المذهب^(١). وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

وقيل: يصح الوقف على مباح أيضاً.

وقيل: يصح على مباح ومكروه.

قال في التلخيص: وقيل: المشتراط أن لا يكون على جهة معصية، سواء كان قربة وثواباً، أو لم يكن. انتهى.

فعلى هذا يصح الوقف على الأغنياء.

فعلى المذهب: اشتراط العزوبة بطل. لأن الوصف ليس قربة، ولتمييز الغنى عليه.

وعلى هذا: هل يلغو الوصف ويعم، أو يلغو الوقف، أو يفرق بين أن يقف ويشترط، أو يذكر الوصف ابتداء. فيلغى في الاشتراط ويصح الوقف؟ ويحتمل أوجهاً. قاله في الفائق.

فائدتان

إحدهما: أبطل ابن عقيل وقف الستور لغير الكعبة. لأنه بدعة. وصححه ابن الزاغوني. فيصرف لمصلحة. نقله ابن الصيرفي عنهما.

وفي فتاوى ابن الزاغوني: المعصية لا تنعقد.

وأفتى أبو الخطاب بصحته، وينفق ثمنها على عمارته ولا يستر. لأن الكعبة خصت بذلك. كالطواف.

(١) ذكره في الشرح (أن يكون على بر كالمساكين والمساجد والقناطر والأقارب مسلمين كانوا أو من أهل الذمة) الشرح (٦ / ١٩٢) المحرر (١ / ٣٦٩) العملة (٢٨٠) الكافي (٢ / ٢٥١) والمغنى (٦ / ٢٣٩).

كتاب الوقف ١٣

الثانية: يصح وقف عبده على حجرة النبي ﷺ لإخراج ترابها وإشعال قناديلها وإصلاحها، لا لإشعالها وحده، وتعليق ستورها الحرير، والتعليق وكنس الحائط ونحو ذلك. ذكره في الرعاية.

قوله: ﴿مُسْلِمِينَ كَانُوا أَوْ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ﴾.

يعنى: إذا وقف على أقاربه من أهل الذمة: صح. وهذا المذهب. نص عليه وعليه الأصحاب قاطبة.

تنبيهان

أحدهما: قد يقال: مفهوم كلام المصنف أنه لا يصح الوقف على ذمي، غير قرابته. وهذا أحد الوجهين. وهو مفهوم كلام جماعة - منهم: صاحب الوجيز، والتلخيص وقدمه في الرعايتين - وماله إليه الزركشي.

وقيل يصح على الذمي، وإن كان أجنبياً من الواقف. وهو الصحيح من المذهب. جزم به في المغنى^(١)، والكافي^(٢)، والمحرم^(٣) والشرح^(٤)، والمنتخب، وعيون المسائل وغيرهم.

قال في الفائق: ويصح على ذمي من أقاربه. نص عليه، وعلى غيره، من معين. ففى أصح الوجهين دون الجهة. انتهى.

وهو ظاهر ما قطع به الحارثي.

وأطلق الوجهين فى الحاوى الصغير.

وقال الحلواني: يصح على الفقراء منهم دون غيرهم.

وصحح فى الواضح صحة الوقف من ذمي عليه دون غيره.

الثانى: قال الحارثي: قال الأصحاب: إن وقف على من ينزل الكنائس، والبيع من

المارة والمجتازين: صح

(١) قطع به المصنف فى المغنى قال (ويصح الوقف على أهل الذمة لأنهم يملكون ملكاً محزوماً ويجوز أن يتصدق عليهم فجاز الوقف عليهم كالمسلمين ويجوز أن يقف المسلم عليه لما روى أن صفية بنت حبي زوج النبي ﷺ وقفت على أخ لها يهودى ولأن من جاز أن يقف الذمي عليه جاز أن يقف عليه المسلم كالمسلم) المغنى (٦ / ٢٤٢).

(٢) ذكر المصنف فى الكافي أيضاً قال (يصح الوقف على الأقارب أو آدمى معين مسلماً كان أو ذمياً لأنه فى موضع القرية ولهذا جازت الصدقة عليه) الكافي (٢ / ٢٥١).

(٣) قطع به أيضاً صاحب المحرم (١ / ٣٦٩).

(٤) جزم به أيضاً فى الشرح (٦ / ١٩٢).

١٤ كتاب الوقف

قالوا: لأن هذا الوقف عليهم، لاعلى البقعة. والصدقة عليهم جائزة وصالحة للقرية. وحزم به في المغنى^(١)، والشرح^(٢)، وغيرهما.

قال الحارثي: إن خص أهل الذمة، فوقف على المارة منهم: لم يصح. انتهى.
وقال في الفروع: وفي المنتخب، والرعاية: يصح على المارة بها منهم، يعنى من أهل الذمة.

وقاله في المغنى^(٣) في بناء بيت يسكنه المجتاز منهم.
ولم أر ما قال عنه صاحب الرعاية فيهما في مظهره، بل قال: يصح منها على ذمي بهما أو ينزلهما، أو يجتاز، راجلاً أو راكباً.

قوله: ﴿وَلَا يَصَحُّ عَلَى الْكُنَائِسِ وَيُوتِ النَّارِ﴾.
وكذا البيع. وهذا المذهب^(٤)، وعليه الأصحاب. ونص عليه في الكنائس والبيع.
وفي الموجز رواية. على الكنيسة والبيعة كمار بهما.

فوائد

الأولى: الذمي كالمسلم في عدم الصحة في ذلك. على الصحيح من المذهب فلا يصح وقف الذمي على الكنائس والبيع ويوت النار، ونحوها، ولا على مصالح شيء من ذلك، كالمسلم. نص عليه وقطع به الحارثي وغيره.

قال المصنف^(٥): لانعلم فيه خلافاً.

وصحح في الواضح وقف الذمي على البيعة والكنيسة.

وتقدم كلامه في وقف الذمي على الذمي.

الثانية: الرصبة كالوقف في ذلك كله. على الصحيح من المذهب. قدمه في الفروع.

(١) قطع به في المغنى قال (يصح أيضاً لأن الوقف عليهم لا على الموضع) المغنى (٦ / ٢٤٢).

(٢) ذكره في الشرح كما في المغنى. الشرح (٦ / ١٩٢).

(٣) انظر المغنى (٦ / ٢٤٢).

(٤) ذكره في المغنى قال - (ولا وقف - على معصية كبيت النار والبيع وكنائس وكتب التوراة والإنجيل

لأن ذلك معصية فإن هذه المواضع بنيت للكفر وهذه الكتب مبدولة منسوخة ولذلك غضب النبي ﷺ

حيث رأى مع عمر صحيفة فيها شيء من التوراة وقال وأنى شك أنت يا ابن الخطاب ألم آت بها

بيضاء نقية؟ لو كان موسى أخى حيا ما وسعه إلا اتباعي) ولولا أن ذلك معصية ما غضب منه المغنى

(٦ / ٢٤٠) والشرح (٦ / ١٩٢) المحرر (١ / ٣٦٩) الكافي (٢ / ٢٥١).

(٥) ذكره المصنف في المغنى قال (لا نعلم فيه خلافاً وذلك لأن ما لا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح

من الذمي كالوقف على قبر معين) المغنى (٦ / ٢٤٠)

كتاب الوقف ١٥

وقيل: من كافر.

وقال في الانتصار: لو نذر الصدقة على ذمية لزمه.

وذكر في المذهب وغيره: يصح للكل وذكره جماعة رواية.

وذكر القاضي صحتها بحصير وقناديل.

قال في التيسرة: إن وصى لما لا معروف فيه ولا ير - ككنيسة أو كتب التوراة - لم يصح. وعنه يصح.

الثالثة: لو وقف على ذمي، وشرط استحقاقه مادام كذلك، فأسلم: استحق ما كان يستحقه قبل الإسلام، ولغى الشرط. على الصحيح من المذهب. وقطع به كثير من الأصحاب. وصحح ابن عقيل في الفنون هذا الشرط.

وقال: لأنه إذا وقفه على الذمي من أهله دون المسلم لم لا يجوز شرط لهم حال الكفر. فأى فرق؟

قوله: ﴿وَلَا عَلَى حَرَبٍ، أَوْ مُرْتَدٍّ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب. وأكثرهم قطع به، منهم صاحب المغنى^(١)، والرعاية، والفروع، وغيرهم من الأصحاب. وقال الحارثي: هذا أحد الوجهين.

قال في المجرى - في كتاب الوصايا -: إذا أوصى مسلم لأهل قريته أو قرابته : لم يتناول كافرهم إلا بتسميته .

قال في المجرى^(٢): والوقف كالوصية في ذلك كله.

قال الحارثي: فصاحبه على الكافر القريب والمعين. قال: وهو الصحيح، لكن بشرط أن لا يكون مقاتلاً، ولا مخرجاً للمسلمين من ديارهم، ولا مظاهراً للأعداء على الإخراج. انتهى. وقواه بأدلة كثيرة.

قوله: ﴿وَلَا يَصَحَّ عَلَى نَفْسِهِ فِي إِحْدَى الرَّوَاتِبِينَ﴾.

(١) قطع به في المغنى قال - (ولا على مرتد ولا حربى لأن أموالهم مباحة في الأصل ويجوز أخذها منهم بالقهر والغلبة فما يتحدد لهم أولى. والوقف لا يجوز أن يكون مباح الأخذ لأنه تحييس الأصل) المغنى (٦ / ٢٤١).

(٢) انظر المجرى (١ / ٣٩٦).

١٦ كتاب الوقف

وهو المذهب. وعليه أكثر الأصحاب^(١). وهو ظاهر كلام الخرقى.

قال فى الفصول: هذه الرواية أصح.

قال الشارح: هذا أقيس.

قال فى الرعايتين: ولا يصح على نفسه، على الأصح.

قال الحارثى: وهذا الأصح عند أبى الخطاب، وابن عقيل، والمصنف^(٢)، وقطع به ابن أبى موسى فى الإرشاد، وأبوالفرج الشيرازى فى المنهج، وصاحب الوجيز، وغيرهم.

نقل حنبل، وأبو طالب: ما سمعت بهذا. ولا أعرف الوقف إلا ما أخرجه الله تعالى.

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته. وقدمه فى الفروع، وشرح ابن رزين، والحاوى الصغير.

والرواية الثانية: يصح. نص عليه فى رواية إسحاق بن إبراهيم، ويوسف بن أبى موسى، والفضل بن زياد.

قال فى المذهب، ومسبوك المذهب: صح فى ظاهر المذهب.

قال الحارثى: هذا هو الصحيح.

قال أبو المعالى فى النهاية، والخلاصة: يصح على الأصح.

قال الناظم: يجوز على المنصور من نص الإمام أحمد رحمه الله.

وصححه فى التصحيح، وإدراك الغاية.

قال فى الفائق: وهو المختار.

واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله.

ومال إليه صاحب التلخيص. وجزم به فى المنور، ومنتخب الأدمى.

(١) ذكر الإطلاق صاحب المغنى فى هذه المسألة فقال (فيه روايتان إحداهما: - لا يصح فإن قال فى رواية أبى طالب [أى الإمام أحمد] وقد سئل عن هذا فقال لا أعرف الوقف إلا ما أخرجه الله وفى سبيل الله فإذا وقفه عليه حتى يموت فلا أعرفه فعلى هذه الرواية يكون الوقف باطلا الثانى - ما اختاره أبو موسى فإن الوقف صحيح لأنه يصح أن يقف وقفا عاما فينتفع به كذلك إذا خص نفسه بانتفاعه) المغنى (٦ / ١٩٦) الشرح (٦ / ١٩٤) المحرر (١ / ٣٦٩) الكافى (٢ / ٢٥٢).

(٢) رجح صاحب المغنى أنه لا يصح حيث أنه بعد أن عرض الروايتين قال والأول أرجح أى [أنه لا يصح]. المغنى (٦ / ١٩٧).

كتاب الوقف ١٧

وقدمه قى الهداية، والمستوعب، والهادى، والفاقى، وغيرهم.
 وقدمه المجد فى مسودته على الهداية. وقال: نص عليه.
 قال المصنف^(١) - وتبعه الشارح، وصاحب الفروع: اختاره ابن أبى موسى.
 وقال ابن عقيل: هى أصح.
 قلت: الذى رأيته فى الإرشاد والفصول: ما ذكرته آنفاً. ولم يذكر المسألة فى التذكرة، فلعلهما اختاراه فى غير ذلك. لكن عبارته فى الفصول موهمة.
 قلت: وهذه الرواية عليها العمل فى زماننا وقبله، عند حكامنا من أزمنة متطاوله. وهو الصواب. وفيه مصلحة عظيمة. وترغيب فى فعل الخير. وهو من محاسن المذهب.
 وأطلقهما فى المغنى^(٢)، والكافى^(٣)، والمحزر^(٤)، وشرح ابن منجا، والبلغة، وتجريد العناية.
 فعلى المذهب: هل يصح على من بعده؟ على وجهين، بناء على الوقف المنقطع الابتداء. على ما يأتى إن شاء الله تعالى.
 قال الحارثى: ويحسن بناؤه على الوقف المعلق.
 فائدة: إذا حكم به حاكم، حيث يجوز له الحكم:
 فقال فى الفروع: ظاهر كلامهم ينفذ الحكم ظاهراً. وفيه فى الباطن الخلاف.
 وفى فتاوى ابن الصلاح: إذا حكم به حنفى، وأنفذه شافعى: للواقف نقضه إذا لم يكن الصحيح من مذهب أبى حنيفة، وإلا جاز نقضه فى الباطن فقط.
 بخلاف صلاته فى المسجد وحده حياته، لعدم القربة والفائدة فيه، ذكرها ابن شهاب وغيره.

(١) ذكر المصنف قول أبى موسى فى الرواية الثانية حيث قال (ونقل جماعة أن الوقف صحيح اختاره ابن أبى موسى. قال ابن عقيل وهى أصح) المغنى (٦ / ١٩٧).

(٢) ذكر الإطلاع المصنف فى المغنى كما ذكرنا فى النقطة قبل السابقة والسابقة والتى قبلها) المغنى (١٩٦/٦).

(٣) ذكر الإطلاع صاحب الكافى أيضاً قال فقيه روايتان إحداهما ألا يصح لأن الوقف تمليك فلم يصح أن يملك نفسه به كالكيد الثانى - يصح لأنه لما جاز أن يشترط لنفسه منه شيئاً جاز أن يختص به أيام حياته كالوصية الكافى (٢ / ٢٥٢).

(٤) ذكر الإطلاع أيضاً فى المحزر قال (وفى وقف الإنسان على نفسه روايتان) المحزر (١ / ٣٦٩).

١٨ كتاب الوقف

قوله: ﴿وَإِنْ وَقَفَ عَلَى غَيْرِهِ وَاسْتَتْنَى الْأَكْلَ مِنْهُ مُدَّةَ حَيَاتِهِ: صَحَّ﴾.

هذا المذهب. نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب.

وحزم به في المغنى^(١)، والشرح^(٢)، وشرح الحارثي، وابن منجاء، والمحرم^(٣)، والوجيز، والقواعد، وغيرهم. وقدمه في الفروع، والرعاية.

وهو من المفردات المذهب. وقيل: لا يصح.

فائدتان

إحدهما: وكذا الحكم لو استتنى الأكل مدة معينة.

وكذا لو استتنى الأكل والانتفاع لأهله، أو يطعم صديقه. قاله المصنف، والشارح، والحارثي، وغيرهم.

قال في الفروع: ويصح شرط غلته له أو لولده مدة حياته في المنصوص.

قال في المستوعب: وكذلك إن شرط لأولاده أو لبعضهم سكنى الوقف مدة حياتهم جاز.

وقيل: لا يصح إذا شرط الانتفاع لأهله، أو شرط السكنى لأولاده أو لبعضهم.

ذكره في الفائق وغيره.

فعلى المذهب: لو استتنى الانتفاع مدة معينة، فمات في أثنائها. فقال في المغنى^(٤): ينبغي أن يكون ذلك لورثته. كما لو باع داراً واستتنى لنفسه السكنى مدة، فمات في أثنائها.

واقصر عليه الحارثي.

وعلى المذهب أيضاً: يجوز إيجارها للموقوف عليه ولغيره.

الثانية: لو وقف على الفقراء ثم افتقر: أيسح له تناول منه، على الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. ونص عليه في رواية المروذي.

(١) ذكره في المغنى قال (نص عليه أحمد). قال الأثرم قيل لأبي عبد الله يشترط في الوقف أنى أنفق على نفسه وأهلى منه قال نعم وأصح قال سمعت ابن عينية عن ابن طاوس عن أبيه عن محمد المدري أن في صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل منها أهله بالمعروف غير المنكر المغنى (٦ / ١٩٣).

(٢) ذكره في الشرح (٦ / ١٩٥) كما في المغنى.

(٣) ذكره في المحرم قال (واستتنى الغلة لنفسه مدة حياته جاز. نص عليه) المحرم (١ / ٣٦٩).

(٤) ذكره في المغنى بنصه وتامه (٦ / ١٩٤).

كتاب الوقف ١٩

قال فى التلخيص: هذا ظاهر كلام أصحابنا. قال الحارثى: هذا صحيح.

قال فى الفروع، والرعاية: شمله فى الأصح.

قال فى القواعد الأصولية، والفقهية: يدخل على الأصح فى المذهب.

وقيل: لا يباح ذلك. وهو احتمال فى التلخيص.

قال فى القواعد الأصولية: والظاهر أن محل على الخلاف فى دخوله: إذا افتقر، على قولنا. فإن الوقف على النفس يصح.

وأما على القول بأنه لا يصح: فلا يدخل فى العموم إذا افتقر جزماً. لأنه لا يتناول بالخصوص. فلا يتناول بالعموم بطريق الأولى. وأما إذا وقف داره مسجداً، أو أرضه مقبرة، أو بئر لىستقى منها المسلمون، أو بنى مدرسة لعموم الفقهاء أو لطائفة منهم، أو رباطاً للصوفية، ونحو ذلك مما يعم: فله الانتفاع كغيره.

قال الحارثى: له ذلك من غير خلاف.

قوله: ﴿الثَّالِثُ أَنْ يَقِفَ عَلَى مُعَيَّنٍ يَمْلِكُ. وَلَا يَصَحُّ عَلَى مَجْهُولٍ كَرَجُلٍ وَمَسْجِدٍ﴾ بلا نزاع.

وكذا لا يصح لو كان مبهماً، كأحد هذين الرجلين. على الصحيح من المذهب^(١).

وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

وقيل: يصح ذكره فى الرعاية احتمالاً.

وقيل: يصح إن قلنا لا يقتقر الوقف إلى قبول، مخرج من وقف إحدى الدارين. وهو احتمال فى التلخيص.

فعلى الصحة: يخرج المبهم بالقرعة. قاله فى الرعاية.

قلت: وهو مراد من يقول بذلك.

وتقدم نظيره فيما إذا وقف أحد هذين.

قوله: ﴿وَلَا عَلَى حَيَوَانٍ لَا يَمْلِكُ، كَالْعَبْدِ﴾.

لا يصح الوقف على العبد. على الصحيح من المذهب مطلقاً. نص عليه.

وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

(١) ذكره فى الشرح (قال لأنه تملك أشبه بالبيع ولأن الوقف تملك للعين أو للمنفعة فلا يصح على غير معين كالإجارة) الشرح (١٩٨/٦). ذكره أيضاً فى المغنى (٢٣٩/٦) والمحرم (٣٦٩/١) والكنافى (٢٥١/٢)

٢٠ كتاب الوقف

قال فى القواعد الفقهيّة: الأكثرون على أنّه لا يصح الوقف على العبد. على الروايتين، لضعف ملكه.

وجزم به فى المغنى^(١)، وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره.
وقيل: يصح، إن قلنا يملك. وهو ظاهر كلام المصنف هنا. حيث اشترط لعدم الصحة: عدم الملك.

قال فى الرعاية: ويكون لسيده.
وقيل: يصح الوقف عليه. سواء قلنا يملك، أو لا. ويكون لسيده. واختاره الحارثي.

فائدتان

إحدهما: لا يصح الوقف على أم الولد، على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب.

واختار الحارثي: الصحة.

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: يصح الوقف على أم ولده بعد موته.
وإن وقف على غيرها، على أن ينفق عليها مدة حياته، أو يكون الرّيع لها مدة حياته: صح. فإن استثناء المنفعة لأم ولده كاستثناءها لنفسه.

وإن وقف عليها مطلقاً، فينبغى أن يقال: إن صححنا الوقف على النفس: صح.
لأن ملك أم ولده أكثر ما يكون بمنزلة ملكه.

وإن لم نصححه، فيتوجه أن يقال: هو كالوقف على العبد القن.

ويتوجه الفرق بأن أم الولد لا تملك بحال. وفيه نظر.

وقد يخرج على ملك العبد بالتملك. فإن هذا نوع تملك لأم ولده، بخلاف العبد القن. فإنه قد يخرج عن ملكه، فيكون ملكاً لعبد الغير.

وإذا مات السيد: فقد تخرج هذه المسألة على مسألة تفريق الصفقة. لأن الوقف على أم الولد

يعم حال رقها وعتقها. فإذا لم يصح فى إحدى الحالين: خرج فى الحال الأخرى وجهان.

(١) قطع به المصنف فى المغنى قال (ولا يصح الوقف على من لا يملك كالعبد لأن الوقف تملك فلا يصح على من لا يملك) المغنى (٦ / ٢٤١).

كتاب الوقف ٢١

فإن قلنا: إن الوقف المنقطع الابتداء يصح. فيجب أن يقال ذلك.

وإن قلنا لا يصح: فهذا كذلك. انتهى.

الثانية: لا يصح الوقف على المكاتب. على الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

وقطع به في المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والتلخيص، والبلغة، والمستوعب وشرح ابن رزين، وغيرهم.

وقيل: يصح. ويحتمله مفهوم كلام المصنف. وقد يشمله قوله: (أَنْ يَقِفَ عَلَى مُعَيَّنٍ يَمْلِكُ). واختاره الحارثي. وأطلقهما في المحرر^(٣)، والفروع، والرعايتين، والفائق، والحاوي الصغير، وغيرهم.

قوله: ﴿وَالْحَمْلُ﴾.

يعنى: لا يصح الوقف على الحمل. وهذا المذهب^(٤). وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

منهم: ابن حمدان، وصاحب الفائق، والوجيز، والهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، وغيرهم.

وصحح ابن عقيل: جواز الوقف على الحمل ابتداءً. واختاره الحارثي.

قال في الفروع: ولا يصح على حمل، بناء على أنه تملك إذن، وأنه لا يملك. وفيهما نزاع.

تنبيه: إيراد المصنف في منع الوقف على الحمل: يختص بما إذا كان الحمل أصلاً في الوقف.

أما إذا كان تبعاً - بأن وقف على أولاده، أو أولاد فلان، وفيهم حمل، أو انتقل إلى بطن، وفيهم حمل - فيصح بلا نزاع. لكن لا يشاركهم قبل ولادته. على الصحيح من المذهب. نص عليه.

(١) جزم به صاحب المغنى قال (ولا يصح الوقف على المكاتب وإن كان يملك لأن ملكه غير مستقر) المغنى (٦ / ٢٤١).

(٢) ذكره في الشرح كما في المغنى الشرح (٦ / ١٩٨).

(٣) ذكر الإطلاق صاحب المحرر [وفي المكاتب وجهان] المحرر (١ / ٣٦٩).

(٤) ذكره في المغنى قال - (ولا يصح الوقف على من لا يملك كالعبد والميت والحمل) المغنى (٦ / ٢٤١) والشرح (٦ / ١٩٨) والمحرر (١ / ٣٦٩) والكافي (٢ / ٢٥٠).

٢٢ كتاب الوقف

قال فى القاعدة الرابعة والثمانين: هو قول القاضى، والأكثرين. وجزم به الحارثى، وغيره.

وقال ابن عقيل: يثبت له استحقاق الوقف فى حال كونه حملاً، حتى صحح الوقف على الحمل ابتداءً، كما تقدم.

وأفتى الشيخ تقي الدين رحمه الله باستحقاق الحمل من الوقف أيضاً. فائدة: لو قال (وقفت على من سيولد لى) أو (من سيولد لفلان) لم يصح. على الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.

وجزم به القاضى فى خلافه وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره. وصححه المصنف فى المغنى^(١)، وغيره.

وذكره المصنف: فى مسألة الوصية لمن تحمل هذه المرأة.

وقال المجد: ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله: صحته. ورده ابن رجب.

قوله: ﴿وَالْبَهِيمَةُ﴾.

يعنى لا يصح الوقف عليها. وهو المذهب. وعليه الأصحاب.

واختار الحارثى: الصحة. وقال: وهو الأظهر عندى. كما فى الوقف على القنطرة، والسقاية، وينفق عليها.

قوله: ﴿الرَّابِعُ: أَنْ يَقِفَ نَاجِزاً. فَإِنْ عُلِّقَ عَلَى شَرْطٍ: لَمْ يَصَحْ﴾.

هذا المذهب^(٢). وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به الوجيز، وغيره.

وقدمه فى الفروع، وغيره.

وقيل: يصح. اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله، وصاحب الفائق، والحارثى، وقال: الصحة أظهر. ونصره.

وقال ابن حمدان - من عنده - إن قيل: الملك لله تعالى: صح التعليق. وإلا فلا.

قوله: ﴿إِلَّا أَنْ يَقُولَ: هُوَ وَقَفَ مِنْ بَعْدِ مَوْتِي﴾.

فيصح فى قول الخرقى. هو المذهب.

(١) ذكره المصنف فى المغنى فى باب الوصية وعطف حكمه على حكم الوصية لحمل امرأة. وجزم فى الوصية له والوقف بعدم الصحة لأنها تملك فلم يصح فى المعلوم) انظر المغنى (٦ / ٤٧٦).

(٢) ذكر هذا الشرط فى الشرح قال لا يصح تعليق ابتداء الوقف على شرط الحياة مثل أن يقول إذا جاء رأس الشهر فدارى وقف أو فرسى حبس) الشرح (٦ / ٢٢١)

كتاب الوقف ٢٣

اختاره أبو الخطاب في خلافة الصغير، والمصنف، والشارح، والحارثي، والشيخ
تقي الدين، وصاحب الفائق، وغيرهم.

قال المصنف ^(١)، والشارح: وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله.

وجزم به في الكافي ^(٢)، والخلاصة، والمنور، ومنتخب الأزرعي، وغيرهم.

وقدمه في المحرر ^(٣)، والفروع، والنظم، وغيرهم.

قال في القواعد: وهو أصح. لأنها وصية، والوصايا تقبل التعليق.

وقال أبو الخطاب في الهداية: لاتصح.

واختاره ابن البناء، والقاضي. وحمل كلام الخرقى على أنه قال: قفوا بعد موتى.

فيكون وصية بالوقف. وأطلقهما في المذهب.

فعلى المذهب: يعتبر من الثلث.

فوائد

منها: قال الحارثي: كلام الأصحاب يقتضى أن الوقف المعلق على الموت، أو على
شرط في الحياة: لا يقع لازماً قبل وجود المعلق عليه. لأن ما هو معلق بالموت وصية،
والوصية - في قولهم - لا تلزم قبل الموت، والمعلق على شرط في الحياة في معناها.
فيثبت فيه مثل حكمها في ذلك.

قال: والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله في المعلق على الموت: هو اللزوم.

قال الميموني في كتابه: سألت عن الرجل يوقف على أهل بيته، أو على المساكين
بعده. فاحتاج إليها، أبيع على قصة المدبر؟ فابتدأني أبو عبد الله بالكرهه لذلك.
فقال: الوقوف إنما كانت من أصحاب النبي ﷺ على أن لا يبيعوا ولا يهبوا.

قلت: فمن شبهه وتأول المدبر عليه. والمدبر قد يأتي عليه وقت يكون فيه حراً،
والموقوف إنما هو شيء وقفه بعده، وهو ملك الساعة.

قال لي: إذا كان يتأول.

قال الميموني: وإنما ناظرته بهذا، لأنه قال: المدبر ليس لأحد فيه شيء، وهو ملك
الساعة. وهذا شيء وقفه على قوم مساكين. فكيف يحدث به شيئاً؟

(١) ذكره في المغنى (إذا قال هو وقف من بعد موتى فظاهر كلام الخرقى. أنه يصح) المغنى (٦ / ٢١٩).

(٢) قطع به في الكافي (قال إلا أن يقول: هو وقف بعد موتى فيصح وتكون وصية) الكافي (٢ / ٢٥١).

(٣) ذكره صاحب المحرر مقدماً قال [ولو قال: وقفت بعد موتى صح من الثلث ذكره الخرقى] المحرر (١ / ٣٦٩).

٢٤ كتاب الوقف

فقلت: هكذا الوقوف، ليس لأحد فيها شيء، الساعة هو ملك. وإنما استحق بعد الوفاة، كما أن المدير الساعة ليس ببحر، ثم يأتي عليه وقت يكون فيه حراً. انتهى.

فنص الإمام أحمد رحمه الله على الفرق بين الوقف بعد الموت، وبين المدير. قال الحارثي: والفرق عسر جداً.

وتابع في التلخيص المنصوص، فقال: أحكام الوقف خمسة. منها: لزومه في الحال. أخرجه مخرج الوصية، أم لم يخرج. وعند ذلك: ينقطع تصرفه فيه.

وشيخنا رحمه الله - في حواشي المحرر - لما لم يطلع على نص الإمام أحمد رد كلام صاحب التلخيص وتأوله. اعتماداً على أن المسألة ليس فيها منقول مع أنه وافق الحارثي على أن ظاهر كلام الأصحاب: لا يقع الوقف والحالة هذه لازماً. قلت: كلامه في القواعد يشعر أن فيه خلافاً: هل هو لازم أم لا؟.

قاله في القاعدة الثانية والثمانين في تبعية الولد. ومنها: المعلق وقفها بالموت، إن قلنا: هو لازم. وهو ظاهر كلام الإمام أحمد في رواية الميموني. انتهى.

فظاهر قوله (إن قلنا هو لازم) يشعر بالخلاف. ومنها: لو شرط في الوقف أن يبيعه، أو يهبه، أو يرجع فيه متى شاء: بطل الشرط والوقف في أحد الأوجه. وهو الصحيح من المذهب. نص عليه. وقدمه في الفروع، وشرح الحارثي، والفائق، والراعي، والحاوي الصغير. قال المصنف في المغني^(١): لا نعلم فيه خلافاً.

وقيل: يبطل الشرط دون الوقف، وهو تخريج من البيع، وما هو ببعيد. قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: يصح في الكل نقله عنه في الفائق. ومنها: لو شرط الخيار في الوقف فسد. نص عليه. وهو المذهب. وخرج فساد الشرط وحده من البيع. قال الحارثي: وهو أشبه.

(١) ذكره المصنف في المغني بنصه وتمامه قال (لا نعلم فيه خلافاً لأنه يناهض مقتضى الوقف فلم يصح) المغني (٦ / ١٩٥).

كتاب الوقف ٢٥

ومنها: لو شرط البيع عند خرابه، وصرف الثمن فى مثله، أو شرط للتمولى بعده.
فقال القاضى، ابن قیل، وابن البناء، وغيرهم: بطل الوقف.

قلت: وفيه نظر.

وذكر القاضى، وابن عقيل وجهاً بصحة الوقف وإلغاء الشرط. ذكر ذلك
الحارثى.

قلت: وهو الصواب.

قال فى الفروع: وشرط بيعه - إذا خرب - فاسد فى المنصوص. نقله حرب. وعلل
بأنه ضرورة ومنفعة لهم.

قال فى الفروع: ويتوجه على تعليله: لو شرط عدمه عند تعطيله.

وقيل: الشرط صحيح.

قوله: ﴿وَلَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى آدَمَى مُعَيَّنٍ. فَفِيهِ وَجْهَانِ﴾.

إذا وقف وقفاً، فلا يخلو: إما أن يكون على آدمى معين، أو غيره.

فإن كان على غير معين، فقطع المصنف هنا: انه لا يشترط القبول. وهو صحيح.
وهو المذهب^(١). وعليه الأصحاب.

وذكر الناظم احتمالاً: أن نائب الإمام يقبله.

وإن كان الموقوف عليه آدمياً معيناً - زاد فى الرعايتين: أو جمعاً محصوراً - فهل
يشترط قبوله أم لا يشترط؟

فيه وجهان. أطلقهما المصنف هنا.

أحدهما: لا يشترط. وهو المذهب.

قال فى الكافى^(٢): هذا ظاهر المذهب. قال الشارح: هذا أولى.

قال الحارثى: هذا أقوى. وقطع به القاضى، وابن عقيل.

(١) قال صاحب الشرح (منه وجهان أحدهما: - يشترط فإن لم يقبل أورده بطل فى حقه دون من بعده
وصار كما لو وقف على من لا يجوز ثم على من يجوز يصرف فى الحال إلى من بعده. الثانى يشترط
لأنه تبرع لآدمى معين فكان من شرطه القبول كالمطوعة والوصية يحققه أن الوصية إذا كانت لآدمى معين
وقعت على قبوله وإن كانت لغير معين كالمساكين أو لمسجد أو نحوه لم تقتصر على قبول كذا ها هنا)
الشرح (٦ / ٢٠٠). المغنى (٦ / ١٨٨).

(٢) ذكره فى الكافى قال (فإن وقفه على رجل بعينه وسكت صح وكان مؤيداً لأن مقتضاه التأيد)
الكافى (٢ / ٢٥٢).

٢٦ كتاب الوقف

قال فى الفائق: لا يشترط فى أصح الوجهين. وصححه فى التصحيح.

وحزم به فى الوجيز، والمنور.

وقدمه فى الكافى^(١)، والمحزر^(٢)، والفروع.

والوجه الثانى: يشترط فى الأصح.

قال الناظم: هذا أقوى.

وقدمه فى الهداية، والمستوعب، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، وأطلقهما فى مسبوك الذهب، والتلخيص، وشرح ابن منجا، والرعاية الكبرى، والزركشى، وتجريد العناية.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: وأخذ الربيع قبول.

تنبيه: أكثر الأصحاب يحكى الخلاف من غير بناء.

وقال ابن منجا فى شرحه - بعد تعليل الوجهين - والأشبه: أن يبنى ذلك على أن الملك: هل ينتقل إلى الموقوف عليه أم لا؟.

فإن قيل بالانتقال، قيل: باسقاط القبول، وإلا فلا.

قال الحارثى: وبناء بعض أصحابنا المتأخرين على ذلك.

قال فى الرايتين، قلت: إن قلنا (هو الله تعالى) لم يعتبر القبول، وإن قلنا (هو للمعين والجمع المحصور) اعتبر فيه القبول.

قال الحارثى: وفى ذلك نظر. فإن القبول إن أنيط بالتملك فالوقف لا يخلو من تملك، سواء قيل بالامتناع أو عدمه. انتهى.

قال الزركشى: والظاهر أن الخلاف على القبول بالانتقال. إذ لا نزاع بين الأصحاب: أن الانتقال إلى الموقوف عليه هو المذهب، مع اختلافهم فى المختار هنا.

فعلى المذهب: لا يبطل برده. فرده وقبوله وعدمهما واحد كالعتق.

حزم به فى المغنى^(٣)، والشرح^(٤).

(١) ذكره فى الكافى (مقدماً وقال ظاهر المذهب) الكافى (٢ / ٢٥٢).

(٢) قدمه أيضاً فى المحزر (يشترط قبوله إذا كان على آدمى معين) المحزر (١ / ٣٧٠).

(٣) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه مستنداً على ما قاله (إن قلنا لا يفتقر إلى القبول لم يبطل برده وكان رده وقبوله وعدمهما واحداً كالعتق) المغنى (٦ / ١٨٩).

(٤) ذكره فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٦ / ٢٠١).

كتاب الوقف ٢٧

وقال أبو المعالي فى النهاية: إنه يريد برده، كالوكيل إذا رد الوكالة. وإن لم يشترط لها القبول.

قال الحارثى: وهذا أصح.

وعلى القول بالاشتراط، قال الحارثى: يشترط اتصال القبول بالإيجاب. فإن تراخى عنه: بطل، كما يبطل فى البيع والهبة.

وعلمه. ثم قال: وإذا علم هذا، فيتفرع عليه عدم اشتراط القبول من المستحق الثانى والثالث. ومن بعد تراخى استحقاقهم عن الإيجاب. ذكره بعض الأصحاب.

قال: وهذا يشكل بقبول الوصية متراخياً عن الإيجاب. انتهى.

وقال الشيخ تقي الدين - رحمه الله - إذا اشترط القبول على المعين. فلا ينبغى أن يشترط المجلس. بل يلحق بالوصية والوكالة. فيصح معجلاً ومؤجلاً بالقول والفعل. فأخذ ريعه: قبول.

وقطع، واختار فى القاعده الخامسة والخمسين: أن تصرف الموقوف عليه المعين: يقوم مقام القبول بالقول.

قوله: ﴿ فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْهُ أَوْ رَدَّهُ: بَطَلَ فِي حَقِّهِ، دُونَ مَنْ بَعْدَهُ ﴾.

وهذا مفرع على القول باشتراط القبول.

فجزم المصنف هنا: أنه كالمنقطع الابتداء، على ما يأتى بعد ذلك. فيأتى فيه وجه بالبطلان. وهذا أحد الوجهين.

أعنى: كونه كالمنقطع الابتداء.

وجزم به فى المغنى^(١)، والشرح^(٢).

وقيل: يصح هذا، وإن لم تصح فى الوقف المنقطع. وهو الصحيح.

قال فى الفروع: وهو أصح، كتعذر استحقاق لفوت وصف فيه.

قال الحارثى: هذا الصحيح.

فعلى هذا: يصح هنا. قولاً واحداً.

(١) قطع به فى المغنى فقال [وإن قلنا إن الوقف تفتقر إلى القبول فرده من وقف عليه نى حقه وصار

كالوقف المنقطع الابتداء] المغنى (٦ / ١٨٩).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٦ / ٢٠١).

٢٨ كتاب الوقف

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: ليس كالوقف المنقطع الابتداء، بل الوقف هنا صحيح. قولاً واحداً.

قوله: ﴿وَكَانَ كَمَا لَوْ وَقَفَ عَلَى مَنْ لَا يَجُوزُ. ثُمَّ عَلَى مَنْ يَجُوزُ﴾.

هذا الوقف المنقطع الابتداء. وهو صحيح. على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب.

قال الحارثي: جزم به أكثر الأصحاب.

وبناه في المغنى^(١)، ومن تابعه، على تفريق الصفقة. فأجرى وجهاً بالبطلان.

قال: وفيه بعد.

فعلى المذهب: يصرف في الحال إلى من بعده. كما المصنف. وهذا الصحيح من المذهب.

قال الحارثي: وهو الأقوى.

وقدمه في المحرر^(٢)، والفروع، والفائق، والراعيين، والحاوي الصغير.

وفيه وجه آخر: أنه إن كان من لا يجوز الوقف عليه يعرف انقراضه - كرجل معين - صرف إلى مصرف الوقف المنقطع. يعنى المنقطع الانتهاء. على ما يأتي.

صرح به الحارثي، إلى أن ينقرض. ثم يصرف إلى من بعده.

واختاره ابن عقيل، والقاضي. وقال: وهو قياس المذهب.

وقيل: يصرف إلى أقارب الواقف. قاله في الفائق.

قوله: ﴿وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جِهَةٍ تَنْقَطِعُ، وَلَمْ يَذْكُرْ لَهُ مَالًا، أَوْ عَلَى مَنْ يَجُوزُ، ثُمَّ عَلَى مَنْ لَا يَجُوزُ: انصرف بعد انقراض من يجوز: الْوَقْفُ عَلَيْهِ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاقِفِ وَفَقًا عَلَيْهِمْ فِي إِخْدَى الرُّوَايَتَيْنِ﴾.

وهو المذهب. قال في الكافي^(٣): هذا ظاهر المذهب.

(١) ذكره في المغنى لأنه تعرض له حينما تكلم عن اشتراط القبول فقال (وصار كالوقف المنقطع الابتداء يخرج في صحته في حق من سواه وبطلانه وجهان بناء على تفريق الصفقة فإن قلنا بصحته فهل ينتقل في الحال إلى من بعده على وجهين) المغنى (٦ / ١٨٩).

(٢) ذكره في المحرر (١ / ٣٧٠).

(٣) جزم به في الكافي قال (لأنهم أحق الناس بصدقته بدليل قول النبي ﷺ «صدقك على غير رحمك صدقة وصدقك على رحمك صدقة وصلة» الكافي (٢ / ٢٥٢).

كتاب الوقف ٢٩

وجزم به في الوجيز. وقدمه في الفروع، والرعايتين، والحاوي الصغير.
 فعليها: يقسم على قدر إرثهم. وجزم به في الفروع وغيره.
 قال الحارثي: قاله الأصحاب.
 قال القاضي: فلبنت مع الابن الثلث. وله الباقي. وللأخ من الأم مع الأخ للأب
 السلس. وله ما بقي.
 وإن كان جد وأخ: قاسمه. وإن كان أخ وعم: انفرد به الأخ. وإن كان عم وابن
 عم: انفرد به العم.
 وقال الحارثي: وهذا تخصيص بمن يرث من الأقارب في حال دون حال. وتفضيل
 لبعض على بعض.
 وهو لو وقف على أقاربه، لما قالوا فيه بهذا التخصيص، والتفضيل.
 وكذا لو وقف على أولاده، أو أولاد زيد. لا يفضل فيه الذكر على الأنثى.
 وقد قالوا هنا: إنما ينتقل إلى الأقارب وقفاً. انتهى.
 فظاهر كلامه: أنه مال إلى عدم المفاضلة. وما هو ببعيد.
 قال في الفائق: وعنه: في أقاربه - ذكرهم وأنثاهم - بالسوية. ويختص به الوارث.
 انتهى.
 الرواية الأخرى: يصرف إلى أقرب عصيته.
 قال في الفروع: وعنه يصرف إلى عصيته. ولم يذكر أقرب. وأطلقهما ابن منجا
 في شرحه.
 فعليهما: يكون وفقاً. على الصحيح من المذهب. نص عليه.
 وقطع به القاضي، وأبو الخطاب، والجد، وغيرهم.
 وقدمه في النظم، والفروع، والزر كشي، والفائق، وغيرهم.
 وهو ظاهر كلام المصنف هنا.
 قال في المغنى^(١): نص عليه.

(١) ذكره المصنف في المعنى بنصه وعنايه فقال [لأنهم أولى الجهات به فكأنه عينهم إذا ثبت هذا فإنه
 ينصرف إلى أقارب الواقف] المغنى (٦ / ٢١٥).

٣٠ كتاب الوقف

قال الحارثي: وإنما حذف ذكر الوقف في الرواية الثانية، اختصاراً واكتفاءً بذكره المتقدم في رواية العود إلى الورثة. انتهى.

وقال ابن منجا في شرحه: مفهوم قوله (في الورثة) يكون وفقاً عليهم. على أنه إذا انصرف إلى أقرب العصبية: لا يكون وفقاً.

ورده الحارثي. فقال: من الناس من حمل رواية العود إلى أقرب العصبية - في كلام المصنف - على العود ملكا.

قال: لأنه قيد رواية العود إلى الورثة بالوقف، وأطلق هنا. وأثبت بذلك وجهاً. قال: وليس كذلك. فإنه العود إلى الأقرب ملكاً إنما يكون بسبب الإرث ومعلوم أن الإرث لا يختص بأقرب العصبية.

وأيضاً: فقد حكى خلافاً في اختصاص العود بالفقراء بهم. ولو كان إراثاً لما اختص بالفقراء.

مع أن المصنف صرح بالوقف في ذلك في كتابيه. وكذلك الذين نقل من كتبهم، كالقاضي، وأبي الخطاب. انتهى.

وعنه: يكون ملكا.

قال في الفائق: وقيل يكون ملكا. اختاره الخرقى.

قال في المغنى^(١): ويحتمله كلام الخرقى.

قال في الفائق: وقال ابن أبي موسى: إن رجع إلى الورثة كان ملكا، بخلاف العصبية.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: وهذا أصح وأشبه بكلام الإمام أحمد رحمه الله.

وعلى الروایتين أيضاً: ﴿هَلْ يَخْتَصُّ بِهِ فَقَرَاؤُهُمْ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والرعاية الكبرى، وغيرهم.

أحدهما: عدم الاختصاص. وهو المذهب.

قال الحارثي: هذا الأصح في المذهب.

(١) قاله صاحب المغنى نقلاً عن الخرقى قال (ويحتمل كلام الخرقى أن يصرف إليهم على سبيل الإرث ويبطل الوقف فيه) المغنى (٦ / ٢١٦).

كتاب الوقف ٣٩

قال الناظم: هذا الأقوى. وجزم به في المحرر^(١)، وغيره.

قال الزركشى: هو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله، والخرقى.

وقدمه في الخلاصة، والفروع، والفائق، والرعاية الصغرى، والخواوى الصغير.

والوجه الثالث: يختص به فقراؤهم. اختاره القاضى فى كتاب الروايتين.

فائدة: متى قلنا برجوعه إلى أقارب الواقف، وكان الواقف حياً، ففى رجوعه إليه أو إلى عصبته وذريته روايتان.

حكاهما ابن الزغونى فى الإقناع رواية.

إحداهما: يدخل. قطع به ابن عقيل فى مفرداته. قاله فى القاعدة السبعين.

وكذا لو وقف على أولاده وأنسابهم، على أن من تُوفى منهم عن غير ولد: رجع نصيبه إلى أقرب الناس إليه. فتوفى أحد أولاد الواقف عن غير ولد، والأب الواقف حياً، فهل يعود نصيبه إليه، لكونه أقرب الناس إليه، أم لا؟ تخرج على ما قبلها. قاله ابن رجب.

والمسألة ملتفتة إلى دخول المخاطب فى خطابه.

تنبيه: لو لم يكن للواقف أقارب: رجع على الفقراء والمساكين. على الصحيح جزم به ابن عقيل فى التذكرة، والمصنف^(٢)، والشارح، وصاحب التلخيص، وغيرهم. وقدمه فى الفائق.

وقال ابن أبى موسى: تباع. ويجعل ثمنه فى المساكين.

وقيل: يصرف إلى بيت المال لمصالح المسلمين. نص عليه فى رواية ابن إبراهيم، وأبى طالب، وغيرها.

وقطع به أبو الخطاب، وصاحب المحرر^(٣) وغيرهما.

وقدمه الزركشى.

(١) ذكر صاحب المحرر (عدم الاختصاص. فقال ويختص به من الأقارب الوارث غنياً كان أو فقيراً) المحرر (١ / ٣٦٩)

(٢) جزم به المصنف فى المغنى فقال (لأن القصد به الثواب الجارى عليه على وجه الدوام وإنما قدمنا الأقارب على المساكين لكونهم أولى فإذا لم يكونوا فالمساكين أهل لذلك فنصرف إليهم) المغنى (٦ / ٢١٧). وذكره المصنف أيضاً فى الكافى (٢ / ٢٥٢).

(٣) ذكره صاحب المحرر (١ / ٣٦٩).

٣٢ كتاب الوقف

وفى أصل المسألة ما قاله القاضى فى موضع من كلامه: أنه يَكُونُ وَقْفًا عَلَى الْمَسَاكِينِ.

والموضع الذى قاله القاضى فيه: هو فى كتابه الجامع الصغير. قاله الحارثى وهو رواية ثالثة عن الإمام أحمد رحمه الله.

اختارها جماعة من الأصحاب. منهم الشريهان - أبو جعفر، والزيدى - والقاضى أبو الحسين. قاله الحارثى.

واختاره المصنف أيضاً. وصححه فى التصحيح.

قال الناظم: هى أولى الروايات.

قال الحارثى: وهذا لا أعلمه نصاً عن الإمام أحمد رحمه الله.

قال المصنف: إن كان فى أقارب الواقف فقراء: فهم أولى به، لاعلى الوجوب وعنه رواية رابعة: يصرف فى المصالح. جزم به فى النور. وقدمه فى المحرر^(١)، والفائق. وقال: نص عليه. قال: ونصره القاضى، وأبو جعفر.

قال الزركشى: أنص الروايات أن يكون فى بيت المال، يصرف فى مصالحهم فعلى هاتين الروايتين: يكون وقفاً أيضاً. على الصحيح من المذهب. قدمه فى الفروع.

وعنه يرجع إلى ملك واقفه الحى.

ونقل حرب: أنه قبل ورثته لورثة الموقوف عليه.

ونقل المروذى: إن وقف على عبيده لم يستقم. قلت: فيعتقهم؟ قال: جائز.

فإن ماتوا ولهم أولاد فهو لهم، وإلا فللعصبة. فإن لم يكن عصبة بيع وفرق على الفقراء.

فائدة: للوقف صفات.

إحداها: متصل الابتداء والوسط الانتهاء.

الثانية: منقطع الابتداء والوسط الانتهاء.

الثالثة: متصل الابتداء، منقطع الانتهاء، عكس الذى قبله.

الرابعة: متصل الابتداء والانتهاء، منقطع الوسط.

كتاب الوقف ٣٣

الخامسة: عكس الذى قبله. منقطع الطرفين، صحيح الوسط.
وأمثلها واضحة. وكلها صحيحة على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب.
وخرج وجه بالبطلان فى الوقف المنقطع من تفريق الصفقة على ما تقدم، ورواية بأنه يصرف فى المصالح.
قال فى الرعاية فى منقطع الآخر: صح فى الأصح.
السادسة: منقطع الأول والوسط والأخير، مثل أن يقف على من لا يصح الوقف عليه،
ويسكت، أو يذكر مالا يصح الوقف عليه أيضاً. فهذا باطل. بلا نزاع بين الأصحاب.

فالصفة الأولى: هى الأصل فى كلام المصنف، وغيره.
والصفة الثانية: تؤخذ من كلام المصنف، حيث قال (وكان كما لو وقف على من لا يجوز ثم على من يجوز).
والصفة الثالثة: تؤخذ من كلام أيضاً، حيث قال (وإن وقف على جهة تنقطع، ولم يذكر له مالا، أو على من يجوز. ثم على من لا يجوز).
والرابعة، والخامسة: لم يذكرهما المصنف، لكن الحكم واحد.
قوله: ﴿أَوْ قَالَ: وَقَفْتُ: وَسَكَتُ﴾.

يعنى أن قوله (وقفت) ويسكت: حكمه حكم الوقف المنقطع الانتهاء.
فالوقف صحيح عند الأصحاب^(١)، وقطعوا به.
وقال فى الروضة: على الصحيح عندنا. انتهى.
فظاهره: أن فى الصحة خلافاً.
فعلى المذهب: حكمه حكم الوقف المنقطع الانتهاء فى مصرفه. على الصحيح من المذهب، كما قاله المصنف هنا.

وقطع به القاضى فى المجرد، وابن عقيل. واختاره صاحب التلخيص، وغيره.

(١) نقل المصنف فى المغنى قول الأصحاب حيث قال (قال ابن حامد يصح الوقف - وقال القاضى هو قياس قول أحمد فإنه قال فى النذر المطلق ينقذ موجبا للكفارة بمين) المغنى (٦ / ٢١٧) الكافى (٢ / ٢٥٢) الشرح (٦ / ٢٠٥).

٣٤ كتاب الوقف

وحزم به فى الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، والوجيز، وغيرهم.

وقدمه فى الفروع، والرعاية الكبرى. وقال: نص عليه.

وقال القاضى وأصحابه: يصرف فى وجوه البر.

قال الحارثى، الوجه الثانى: يصرف فى وجوه البر والخير. قطع به القاضى فى التعليق الكبير، والجامع الصغير، وأبو على بن شهاب، وأبو الخطاب فى الخلاف الصغير، والشريفان - أبو جعفر، والزيدى - وأبو الحسين القاضى، والعكرى فى آخرين.

وفى عبارة بعضهم (وكان لجماعة المسلمين).

وفى بعضها (صرف فى مصالح المسلمين) والمعنى: متحد.

قال فى عيون المسائل: فى هذه المسألة وفى قوله (تصدق) تكون لجماعة المسلمين.

قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ: وَقَفْتُ سَنَةً: لَمْ يَصَحَّ﴾. هذا المذهب.

قال ابن منجا: هذا المذهب. وصححه فى النظم، والتلخيص.

وقدمه فى الفروع، والشرح الحارثى، والخلاصة، والرعايتين، والحاوى الصغير، ويحتمل أن يصح، ويصرف بعدها مصرف المنقطع - يعنى منقطع الانتهاء - وهو وجه ذكره أبو الخطاب وغيره.

وأطلقهما فى المحرر^(١)، والشرح^(٢)، والهداية، والمذهب، والمستوعب.

وقيل: يصح، ويلغو توقيته.

فائدة: لو وقفه على ولده سنة، ثم على عمرو سنة، ثم على المساكين: صح^(٣). لا تصالته ابتداء وانتهاء.

وكذا لو قال: وقفته على ولدى مدة حياتى، ثم على زيد، ثم على المساكين: صح.

(١) ذكر الإطلاق صاحب المحرر فقال (والقف الوقت والمعلق يشترط فيه وجهان) المحرر (١ / ٣٦٩).

(٢) ذكر الإطلاق أيضاً صاحب الشرح فقال [لم يصح فى أحد الوجهين لأن مقتضى الوقف التأيد وهذا ينافيه - الثانى - يصح لأنه منقطع الانتهاء فهو كما لو وقف على منقطع الانتهاء] الترح (٦ / ٢٠٦).

(٣) ذكره فى الترح قال. لأنه وقف متصل الابتداء والانتهاء الشرح (٦ / ٢٠٦) المغنى (٦ / ٢٢١).

كتاب الوقف ٣٥

قوله: ﴿وَلَا يَشْتَرَطُ إِخْرَاجُ الْوَقْفِ عَنْ يَدِهِ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ﴾ وهو المذهب، وجليه الجمهور.

قال المصنف^(١)، وغيره: هذا ظاهر المذهب. واختاره القاضى، وأصحابه. وجزم به فى الخلاصة، والوجيز.

وقدمه فى المحرر^(٢)، الفروع، والرعايتين،، والحاوى الصغير، والفاثق، وغيرهم. قال فى التلخيص: وهو الأشبه، واختيار أكثر الأصحاب، والمنصور عندهم فى الخلاف.

قال الزركشى: هو المشهور، والمختار المعمول به من الروايتين. وعنه يشترط أن يخرج عن يده. قطع به أبو بكر، وابن أبى موسى فى كتابيهما. وقدمه الحارثى فى شرحه، واختاره.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والقواعد الفقهية. ويأتى التنبيه على هذا أيضاً عند قول المصنف «والوقف عقد لازم». قال فى الفرع، ورأيت بعضهم قال: قال القاضى فى خلافه: لا يختلف مذهبه: أنه إذا لم يكن يصرفه فى مصارفه: ولم يخرج عن يده: أنه يقع باطلا. انتهى. فعلى القول بالاشتراط: فالمعتبر عند الإمام أحمد رحمه الله: التسليم إلى ناظر يقوم به. قاله الحارثى.

وقال: وبالجمله. فالمساجد والقناطر والآبار ونحوها يكفى التحلية بين الناس وبينها من غير خلاف.

قال: والقياس يقتضى التسليم إلى المعين الموقوف عليه إذا قيل بالانتقال إليه. وإلا فإلى الناظر أو الحاكم. انتهى.

وعلى القول بالاشتراط أيضاً: لو شرط نظره لنفسه: سلمه لغيره، ثم ارتجعه منه. قاله فى الفروع.

قال الحارثى: وأما التسليم إلى من ينصبه هو، فالمنصوب: إما ناظر. فوكيل محض

(١) قال به المصنف فى المغنى فقال (ظاهر هذا الكلام أنه يزول الملك ويلزم الوقف بمجرد اللفظ به لأن الوقف يتصل به ولأنه ترع بمنع البيع والهبة والميراث فلزم بمجرد كالتعق) المغنى (٦ / ١ / ١٨) والكافى (٦ / ٢٥٤). وتبعه فى ذلك صاحب الشرح (٦ / ٢٠٦).

(٢) ذكره فى المحرر مقدماً قال (ويلزم الوقف بمجرد إيجابه) المحرر (١ / ٣٧٠).

٣٦. كتاب الوقف

يده كيده، وإما ناظر: فالتنظر لا يجب شرطه لأجنبي. فالتسليم إلى الغير غير واجب. انتهى.

قلت: وهذا هو الصواب.

فائدة: قلنا بالاشتراط. فهل هو شرط لصحة الوقف، أو للزومه؟

ظاهر كلام جماعة - منهم: صاحب الكافي^(١)، والمحرر^(٢)، والفروع، وغيرهم: أنه شرط للزوم، لا شرط للصحة. ويحتمله كلام المصنف.

وصرح به الحارثي: فقال: وليس شرطاً في الصحة، بل شرط للزوم. وجزم به في المغني^(٣)، والشرح^(٤).

وصرح به أبو الخطاب في انتصاره، وصاحب التلخيص، وغيرهم. قاله في القاعدة التاسعة والأربعين. فعلى هذا: قال ابن أبي موسى والسامري، وصاحب التلخيص، والفاقق، وغيرهم: إن مات قبل إخراج حياته: بطل. وكان ميراثاً. قاله الحارثي: وغيره.

قلت: وفيه نظر، بل الأولى هنا: للزوم بعد الموت.

وظاهر كلام المصنف هنا: أن الخلاف في صحة الوقف. وصرح به في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، وغيرهم. فقالوا: هل يشترط في صحة الوقف إخراج حياته عن يد الوقف؟ على الرويتين.

قال في الخلاصة: لا يشترط في صحة الوقف إخراج حياته عن يده.

قوله: ﴿وَيَمْلِكُ الْمُؤَقِّفُ عَلَيْهِ الْوَقْفَ﴾.

هذا المذهب بلا ريب. وعليه الأصحاب.

قال المصنف^(٥) وغيره: هذا ظاهر المذهب.

(١) هو فعلاً ظاهر كلام المصنف في الكافي حيث قال (لأنه تبرع بمنع البيع والهبة والوصية فلزم بمجرده كالتعق) الكافي (٢ / ٢٥٤).

(٢) وظاهر كلام المجد في المحرر أيضاً حيث قال (ويلزم بمجرده إيجابه - أي الوقف) فظهر من كلامه أنه شرط للزوم لا شرط للصحة) المحرر (١ / ٣٧٠).

(٣) قطع به المصنف في المغني فقال (لأنه تبرع بمنع البيع والهبة والميراث فلزم بمجرده كالتعق ويفارق الهبة فإنها تملك مطلقاً و (لوقف تخييس الأصل وتسجيل المنفعة فهو بالتعق أشبه بإلحاقه به أولى) المغني (١٨٨/٦).

(٤) قطع بالزوم أيضاً صاحب الشرح كما في المغني. الشرح (٦ / ٢٠٦).

(٥) جزم به المصنف في المغني حيث قال (ويقتل الملك في الموقوف عليهم في ظاهر المذهب قال أحمد إذا =

كتاب الوقف ٣٧

وقطع به القاضى، وابنه، والشريفان - أبو جعفر، والزيدى - وابن عقيل،
والشيرازى، وابن بكروس وغيرهم. وهو من مفردات المذهب.
«وَعَنْهُ لَا يَمْلِكُهُ» بل هو ملك لله. وهو ظاهر اختيار ابن أبى موسى، قياساً على
العتق قاله الحارثى.

قال الحارثى: وبه أقول.

وعنه ملك للواقف. ذكرها أبو الخطاب، والمصنف^(١).

قال الحارثى: ولم يوافقهما على ذلك أحد من متقدمى أهل المذهب، ولا
متأخريهم. انتهى.

وقد ذكرهم من بعدهم من الأصحاب. كصاحب الفروع، والزرکشى، وغيرهم.
قال ابن رجب فى فوائده. وعلى رواية «أنه لا يملكه» فهل هو ملك للواقف أو لله؟
فيه خلاف.

تنبيه: لهذا الخلاف فوائد كثيرة.

منها: ما ذكره المصنف هنا.

فمنها: لو وطئ الجارية الموقوفة. فلا حد عليه ولا مهر. على الصحيح من
المذهب، وعليه الأصحاب.

قال الحارثى: ويتجه أن يبنى على الملك إن جعلناه له: فلا حد، وإلا فعليه الحد.

قال: وفى المغنى وجه بوجوب الحد فى وطء الموصى له بالمنفعة.

قال: لأنه لا يملك إلا المنفعة. فلزمه كالمستأجر.

قال الحارثى: فيطرد الحد هنا، على القول بعدم الملك، إلا أن يدعى الجهل ومثله
يجهله.

ومنها: قوله: ﴿وَإِنْ آتَتْ بِوَلَدٍ فَهُوَ حَرٌّ. وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَشْتَرَى بِهَا مَا يَقُومُ مَقَامُهَا.
وَتَصِيرُ أُمٌّ وَلَدِهِ تَعْتَقُ بِمَوْتِهِ﴾:

يعنى قيمة الولد إن قلنا: هى ملك له. وإن قلنا: لا يملكها: لم تصير أم ولد. وهى
وقف بحالها.

=وقف داره على ولد أخيه صارت لهم وهذا يدل على أنهم ملكوه) المغنى (٦ / ١٨٩) وقطع به
المصنف فى الكافى قال (ويتقل الملك فى الوقف إلى الموقوف عليه فى ظاهر المذهب لأنه سبب نقل
الملك ولم يخرج عن المالية وجد إلى من يصح تملكه أشبه البيع والهبة) الكافى (٢ / ٢٥٤).
(١) ذكره فى المغنى المصنف (رواية عن أحمد أنه لا يملك) المغنى (٢ / ٢٥٤).

٣٨ كتاب الوقف

قوله: ﴿وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ﴾.

يعنى قيمة الولد. وهذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. ويحتمل أن لا يلزمه قيمة الولد إذا أولدها.

وعزاه فى المستوعب والتلخيص إلى اختيار أبى الخطاب.

قوله: ﴿وَتَجِبُ قِيمَتُهَا فِي تَرْكِتِهِ، يَشْتَرَى بِهَا مِثْلَهَا تَكُونُ وَقْفًا﴾.

هذا المذهب ^(١). قدمه فى الفروع، والرعاية.

وقيل: تصرف قيمتها للبطن الثانى، إن تلقى الوقف من واقفه. ذكره فى الرعاية، والفروع. وقال: فدل على خلاف.

وقال فى الجرد، والفصول، والمغنى، والقواعد الفقهية، وغيرهم: البطن الثانى يتلقونه من واقفه، لا من البطن الأول.

وصححه الطوفى فى قواعد.

فلهم اليمين مع شاهدهم. لثبوت الوقف، مع امتناع بعض البطن الأول منها.

قال الفائق: وهل يتلقى البطن الثانى الوقف من البطن الذى قبله، أو من الواقف؟ فيه وجهان.

قوله: ﴿وَإِنْ وَطِنَهَا أَجَنِبِي بِشِبْهَةٍ، فَأَتَتْ بِوَلَدٍ: فَالْوَلَدُ حُرٌّ. وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ لِأَهْلِ الْوَقْفِ وَقِيمَةُ الْوَلَدِ، وَإِنْ تَلَفَتْ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا، يَشْتَرَى بِهِمَا مِثْلَهُمَا﴾.

يعنى يشتري بقيمة الولد وقيمة أمه إذا تلفت.

الصحيح من المذهب ^(٢): لأنه يشتري بهما مثلهما إن بلغ، أو شقصاً إن لم يبلغ. وعليه جماهير الأصحاب، منهم القاضى، وابن عقيل، والمصنف.

«وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ قِيمَةُ الْوَلَدِ هَهْنَا».

يعنى يملك الموقوف عليه قيمة الولد هنا، على هذا الاحتمال.

واختاره أبو الخطاب. قاله فى المستوعب، والتلخيص. وهو احتمال فى الهداية.

(١) ذكره فى المغنى (لأنه أتلّفها على من بعده من البطون فتشترى بها جارية تكون وقفا مكانها) المغنى

(٦ / ٢٣٣) والكاظمي (٢ / ٢٥٤) الشرح (٦ / ٢٠٩) والمحرر (١ / ٣٧٠).

(٢) ذكره المصنف فى المغنى بنصه وتماه المغنى (٦ / ٢٣٢) والشرح (٦ / ٢٠٩) والمحرر (١ / ٣٧٠)

والكاظمي (٢ / ٢٥٥).

كتاب الوقف ٣٩

فائدة: لو أتلّفها إنسان: لزمه قيمتها، يشتري بها مثلها.
وإن حصل الإتلاف في جزء بها - كقطع طرف مثلاً - فالصحيح: أنه يُشترى
بأرشفها شقص يكون وقفاً. قاله الحارثي. وجزم به المصنف^(١)، والشارح.
وقيل: يكون للوقوف عليه. وهما احتمالان مطلقان في التلخيص.
وإن جنى عليها من غير إتلاف: فالأرش للموقوف عليه. قاله في التلخيص،
وغيره.

فائدة أخرى: لو قتل الموقوفَ عبد مكافئ
فقال في المغنى^(٢): الظاهر أنه لا يجب القصاص. لأنه محل لا يختص به الموقوف
عليه. فلم يجز أن يقتص منه قاتله. كالعبد المشترك. انتهى.
قال الحارثي: وتحرر قوله في المغنى: إن العبد الموقوف مشترك بين الملاك. ومن
شرط استيفاء القصاص: مطالبة كل الشركاء، وهو متعذر.
قال: وفيه بحث - وذكره - ومال إلى وجوب القصاص.
تنبيه: ظاهر كلام المصنف هنا: وقفية البدل بنفس الشراء، لاستدعاء البدلية ثبوت
حكم الأصل لا البدل. وهو الصحيح من الوجهين. وقطع به في التلخيص، والرعاية.
وظاهر كلام الخرقى وغيره: أنه لا بد من إنشاء عقد الوقف.
فإنه قال: وإذا خرب الوقف، ولم يرد شيئاً: بيع واشترى بثمنه ما يرد على أهل
الوقف، وجعل وقفاً كالأول.
قال الحارثي: وكذا نص أبو عبد الله - رحمه الله - رواية بكر بن محمد. قال وبهذا
أقول.

ويأتى في آخر بيع الوقف بآتم من هذا. كلام الزركشى وغيره.
ومن فوائد الخلاف: قول المصنف «وله تزويج الجارية».
يعنى إذا قلنا: يملك الموقوف عليه الوقف.
وعلى الرواية الثانية: يزوجه الحاكم.
وعلى الثالثة: يزوجه الواقف. قاله الزركشى، وابن رجب في قواعدهم، والحارثي

(١) قطع به المصنف في المغنى (٦ / ٢٣١) وفي الكافي (٢ / ٢٥٥).

(٢) ذكره المصنف في المغنى بنصه وتامه. انظر المغنى (٦ / ٢٣١).

٤٠ كتاب الوقف

لكن إذا زوج الحاكم اشترط إذن الموقوف عليه. قاله فى التلخيص، وغيره. وهو واضح. وكذا إذا زوجها الواقف. قاله الزركشى من عنده.

قلت: هو مراد من لم يذكره قطعاً.

وقد طرده الحارثى فى الواقف والناظر، إذا قيل بولايتها.

وقيل: لا يجوز تزويجها بحال، إلا إذا طلبته. وهو وجه فى المغنى^(١).

قال فى الرعاية: ويحتمل منع تزويجها، إن لم تطلبه.

قوله: ﴿وَوَلَدُهَا وَقَفَ مَعَهَا﴾.

هذا المذهب^(٢). وعليه جماهير الأصحاب.

﴿وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَهُ﴾ الموقوف عليه.

وهو اختيار لأبى الخطاب، كما تقدم فى نظيره.

قال الحارثى: وهذا أشبه بالصواب. ونسب الأول إلى الأصحاب.

ويأتى هل يجوز للموقوف عليه أن يتزوج الأمة الموقوفة عليه؟ فى الفوائد قريباً.

ومن الفوائد: قول المصنف: ﴿وَإِنْ جَنَى الْوَقْفُ خَطَاً: فَأَلْأَرْشُ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ﴾.

يعنى إذا قلنا: إنه يملك الموقوف عليه. وهو المذهب.

وعلى الرواية الثانية: تكون جنايته فى كسبه. على الصحيح. قدمه فى الفروع والقواعد، والمحرم^(٣).

وقيل: فى بيت المال. وهو رواية فى التبصرة. وضعفه المصنف. وقدمه فى الرعاية. وأطلقها الزركشى.

وقيل: لا يلزم الموقوف عليه الأرش، على القولين. قاله فى القواعد.

(١) ذكر المصنف فى المغنى هذا الوجه احتمالاً حيث قال [ويحتمل أن يجوز تزويجها لأنه عقد على نفعها فى العمر فيقتضى إلى تقويت نفعها فى حق البطن التالى. إلا أن تطلب التزويج فيتعين تزويجها لأنه حق لها طلبته فتتعين الإجابة إليه] المغنى (٦ / ٢٣٢).

(٢) ذكره فى المغنى قال (لأن ولد كل ذات رحم بنت لها جريمة حكمه حكمها كأم الولد والمكاتبة) المغنى [٦ / ٢٣٢] والشرح (٦ / ٢١٠) المحرر (١ / ٣٧٠) الكافى (٢ / ٢٥٤).

(٣) ذكره المجد فى محرره مقدماً حيث قال (وإذا لزم الوقف ملك الموقوف عليه زمنه فيلزمه زكاة ماشيته وأرش جنايته) المحرر (١ / ٣٧٠).

كتاب الوقف ٤١

وأما على الرواية الثالثة: فيحتمل أن يجب على الواقف.

«وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ فِي كَسْبِهِ» قاله الزركشي من عنده.

وقال الحارثي - بعد أن حكى الوجهين المتقدمين: ولهم وجه ثالث، وهو الوجوب على الواقف. قال: وفيه بحث.

تنبيه: هذا كله إذا كان الموقوف عليه معيناً.

أما إن كان غير معين - كالمساكين ونحوهم - فقال في المغنى^(١): ينبغي أن يكون الأرض في كسبه. لأنه ليس له مستحق معين، يمكن إيجاب الأرض عليه. ولا يمكن تعلقها برقبته، فتعين في كسبه.

قال: ويحتمل أن تجب في بيت المال.

فائدة: حيث أوجبنا الفداء، فهو أقل الأمرين من القيمة، أو أرض اجنانية، اعتباراً بأم الولد.

تنبيه: فهذه ثلاث مسائل من فوائد الخلاف ذكرها المصنف.

ومنها: لو كان الموقوف ماشية: لم تجب زكاتها، على الثانية والثالثة. لضعف الملك. وتجب على الموقوف عليه على الأولى، على ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله، واختار القاضي في التعليق، والمجد^(٢)، وغيرهما. وقدمه الزركشي.

قال الناظم:

ولكن ليخرج من سواها ويمدد

قلت: فيعالي بها.

وقيل: لا تجب مطلقاً لضعف الملك. اختاره صاحب التلخيص وغيره. وقاله القاضي، وابن عقيل.

فأما الشجر الموقوف: فتجب الزكاة في ثمره على الموقوف عليه. وجهاً واحداً. لأن ثمرته للموقوف عليه. قاله في الفوائد.

قال الشيرازي: لا زكاة فيه مطلقاً. ونقله غيره رواية.

وتقدم الكلام على ذلك في كتاب الزكاة عند قوله «ولا زكاة في السائمة الموقوفة» بآتم من هذا. فليراجع.

(١) ذكره المصنف في المغنى بنصه وتمامه. المغنى (٦ / ٢٣٠).

(٢) ذكره المجد في المحرر فقال (قتلزمه زكاة ماشيته) المحرر (١ / ٣٧٠).

٤٢ كتاب الوقف

ومنها: النظر على الموقوف عليه، إن قلنا يملكه: مملك النظر عليه، على ما يأتي في كلام المصنف . فينظر فيه هو مطلقاً، أو وليه، إن لم يكن أهلاً.

وقيل: يضم إلى الفاسق أمين.

وعلى الرواية الثانية: يكون النظر للحاكم.

وعلى الثالثة: للواقف. قاله الزركشى من عنده.

ومنها: هل يستحق الشفعة بشركة الوقف؟ فيه طريقتان.

أحدهما: البناء. فإن قيل: يملكه استحق به الشفعة، وإلا فلا.

والطريق الثاني: الوجهان، بناء على قولنا: يملكه. قاله المجد. ^(١)

وهذا كله مفرع على المذهب في جواز قسمة الوقف من الطلق.

أما على الوجه الآخر بمنع القسمة: فلا شفعة. وكذلك بنى صاحب التلخيص الوجهين هنا على الخلاف في قبول القسمة.

وتقدم ذلك في باب الشفعة عند قول المصنف «ولا شفعة بشركة الوقف».

ومنها: نفقة الحيوان الموقوف. فتجب حيث شرطت، ومع عدم الشرط تجب في الكسبه، ومع عدمه تجب على من الملك له. قاله في التلخيص.

وقال الزركشى: من عنده. وعلى الثانية: تجب في بيت المال، وهو وجه. ذكره في الفروع وغيره.

قال في القواعد: وإن لم تكن له غلة فوجهان.

أحدهما: نفقته على الموقوف عليه.

والثاني: في بيت المال.

ف قيل: هما مبنيان على انتقال الملك وعدمه.

وقد يقال بالوجوب عليه، وإن كان الملك لغيره، كما نقول بوجوبها على الموصى له بالمنفعة على وجه. انتهى.

(١) طريقة المجد في المحرر الإطلاقي فقال - وهل يستحق به الشفعة على وجهين وفي رواية أخرى أن رقبته ملك لله تعالى فيمنع الزكاة والشفعة المحرر [١ / ٣٧٠].

كتاب الوقف..... ٤٣
ومنها: لا يجوز للموقوف عليه أن يتزوج الأمة الموقوفة عليه على الأولى. ويجوز على الثانية.

قلت: وعلى الثالثة.

قال في القواعد: هذا البناء ذكره في التلخيص وغيره.
قال: وفيه نظر. فإنه يملك منفعة البُضْع على كلا القولين. ولهذا يكون المهر له. انتهى.

قال الحارثي، فعلى الأولى: لو وقفت عليه زوجته انفسخ النكاح. لوجود الملك. ومنها: لو سرق الوقف أو نماءه. فعلى الأولى: يقطع على الصحيح. وقيل: لا يقطع. وإن قلنا: لا يملكه: لم يقطع، على الصحيح. وقيل: يقطع. وحل ذلك كله: إذا كان الوقف على معين.
ومنها: وجوب إخراج زكاة الفطر على الموقوف عليه على الأولى. على الصحيح. وقيل: لا يجب عليه.
وأما إذا اشترى عبد من غلة الوقف لخدمة الوقف. فإن الفطرة تجب قولاً واحداً. لتمام الصرف فيه. قاله أبو المعالي.
ويعاين بمملوك لا مالك له. وهو عبد وقف على خدمة الكعبة. قاله ابن عقيل في المنشور.

ومنها: لو زرع الغاصب أرض الوقف. فعلى الأولى: للموقوف عليه التملك بالنفقة، وإلا فهو كالمستأجر ومالك المنفعة. فيه تردد. ذكره في الفوائد من القواعد.
قوله: ﴿وَإِنْ وَقَفَ عَلَى ثَلَاثَةِ ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ، فَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ رَجَعَ نَصِيبُهُ عَلَى الْآخَرِينَ﴾.

وكذا لو رد. وهذا المذهب^(١). وعليه الأصحاب.

وذكر الحارثي في شرحه وجهين آخرين.

أحدهما: الصرف مدة بقاء الآخرين مصرف الوقف المنقطع. لسكوته عن المصرف في هذه الحالة.

(١) ذكره في الشرح فقال (لأنه جعله لهم مشروطاً بانقراض الثلاثة فوجب اتباع شرطه في ذلك كسائر شروطه وكما لو وقف على ولده ثم على المساكين فإنه لا ينصرف إلى المساكين شيء من الواقف إلا بعد انقراض الولد كذا هنا) الشرح (٦ / ٢١١). المغنى (٦ / ٢١١). والكناني (٢ / ٢٥٥).

٤٤ كتاب الوقف

والوجه الثاني: الانتقال إلى المساكين. لاقتضاء اللفظ له. فإن مقتضاه: الصرف إلى المساكين بعد انقراض مَنْ عَيْن. فصرفُ نصيب كل منهم عند انقراضه إلى المساكين: داخل تحت دلالة اللفظ، ورجحه على الذي قبله.

فوائد

إحداها: لو وقف على ثلاثة، ولم يذكر له مالا. فمن مات منهم فحكم نصيبه حكم المنقطع، كما لو ماتوا جميعاً. قاله الحارثي.
وقال: على ما في الكتاب يصرف إلى من بقى.
وقطع به في القاعدة الخامسة عشر بعد المائة. وكذا الحكم لو رد بعضهم. قاله فيها أيضاً.

الثانية: لو وقف على أولاده، ثم على أولادهم، ثم على الفقراء. فالصحيح من المذهب: أن هذا ترتيب جملة على مثلها. لا يستحق البطن الثاني شيئاً قبل انقراض الأول. قدمه في الفروع، والفاائق.

وقال في القاعدة الثالثة عشر بعد المائة: هذا المعروف عند الأصحاب. وهو الذي ذكره القاضي، وأصحابه، ومن اتبعهم. فيكون من باب توزيع الجملة.
وقيل: ترتيب أفراد. فيستحق الولد نصيب أبيه بعده. فهو من ترتيب الأفراد بين كل شخص وأبيه. اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله، وصاحب الفائق.
قال في الانتصار، عند شهادة الواحد بالهلال: إذا قوبل جمع بجمع: اقتضى مقابلة الفرد منه بالفرد لغة.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: فعلى هذا: الأظهر استحقاق الولد، وإن لم يستحق أبوه.

وقال: الأظهر أيضاً فيمن وقف على ولديه نصفين، ثم على أولادهما، وأولاد أولادهما وعقبهما بعدهما بطناً بعد بطن: أنه ينتقل نصيب كل واحد إلى ولده، ثم ولد ولده.

وقال: من ظن أن الوقف كالإرث. فإن لم يكن أبوه أخذ شيئاً لم يأخذ هو: فلم يقله أحد من الأئمة، ولم يدر ما يقول.

ولهذا: لو انتفت الشروط في الطبقة الأولى، أو بعضهم: لم تحرم الثانية مع وجود الشروط فيهم إجماعاً، ولا فرق. انتهى.

كتاب الوقف ٤٥

قال فى الفروع: وقول الواقف «من مات فتصيبه لولده» يعم ما استحقه وما يستحقه مع صفة الاستحقاق - استحقه أولاً، تكثيراً للفائدة، ولصدق الإضافة بأدنى ملايسة. ولأنه بعد موته لا يستحقه. ولأنه المفهوم عند العامة الشارطين، ويقصدونه. لأنه يتيم لم يرث هو وأبوه من الجد. ولأن فى صورة الإجماع يتنقل مع وجود المانع إلى ولده، لكن هنا: هل يعتبر موت الوالد؟ يتوجه الخلاف. وإن لم يتناول إلا ما استحقه فمفهوم. خرج مخرج الغلب، وقد تناوله الوقف على أولاده، ثم أولادهم.

قال فى الفروع: فعلى قول شيخنا: إن قال «بطنا بعد بطن» ونحوه: فترتيب جملة، مع أنه محتمل.

فإن زاد الواقف «على أنه إن توفى أحد من أولاد الموقوف عليه ابتداء فى حياة والده، وله ولد، ثم مات الأب عن أولاد لصلبه، وعن ولد ولده الذى مات أبوه قبل استحقاقه. فله معهم ما لأبيه لو كان حياً» فهو صريح فى ترتيب الأفراد. وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله أيضاً - فيما إذا قال «بطنا بعد بطن» ولم يزد شيئاً - هذه المسألة فيها نزاع. والأظهر: أن نصيب كل واحد ينتقل إلى ولده، ثم إلى ولد ولده، ولا مشاركة. انتهى.

الثالثة: لو كان له ثلاثة بنين. فقال «وقفت على ولدى فلان وفلان، وعلى ولد ولدى» كان الوقف على المسمين وأولادهما وأولاد الثالث، ولا شىء للثالث. ذكره المصنف مختاراً له. وقدمه فى الفروع، والمغنى^(١)، والشرح^(٢). ونصراه. وهو ظاهر ما قدمه فى الفائق. وقواه شيخنا فى حواشيه. وصححه الحارثي. وقال القاضى، وابن عقيل: يدخل الابن الثالث.

ونقله حرب، وقدمه الحارثي. فقال: فالمنصوص دخول الجميع. وقال فى القاعده الثانية والعشرين بعد المائة: ويتخرج وجه بالاختصاص بولد من وقف عليهم، اعتباراً بأبائهم.

وكذا الحكم والخلاف والمذهب لو قال: «وقفت على ولدى فلان وفلان، ثم على الفقراء» هل يشمل ولد ولده أم لا؟.

(١) جزم به المصنف فى المغنى فقال (لأنه أبداً بعض الولد من اللفظ المتناول للجميع فاخص بالبعض المبدل كما لو قال على ولدى فلان وذلك لأنه بدل البعض بوجوب اختصاص الحكم به كقول الله

تعالى ﴿وَاللَّهُ عَلَى النَّاسِ حَكِيمٌ﴾ (الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً) المغنى (٦ / ٢٠٤).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٦ / ٢٠٤).

٤٦ كتاب الوقف

وقيل: يشمله هنا. ذكره المصنف احتمالاً من عنده.

الرابعة: لو وقف على فلان. فإذا انقضى أولاده فعلى المساكين: كان - بعد موت فلان - لأولاده. ثم من بعدهم للمساكين. اختاره القاضى، وابن عقيل وقدمه فى الكافى^(١).

وقيل: يصرف - بعد موت فلان - مصرف المنقطع، حتى ينقضى أولاده. ثم يصرف على المساكين.

الخامسة: لو وقف على أولاده، وأولاد أولاده: اشتركوا حالا. ولو قال فيه «على أن من توفى عن غير ولد فنصيبه لذوى طبقته» كان للاشتراك أيضاً فى أحد الوجهين. قلت: وهو أولى.

قال فى القواعد: وقد زعم المجد: أن كلام القاضى فى المجد يدل على أنه يكون مشتركاً بين الأولاد وأولادهم. ثم يضاف إلى كل ولد نصيب والده بعد موته.

قال: وليس فى كلام القاضى ما يدل على ذلك لمن راجعه وتأمله.

والوجه الثانى: يكون للترتيب بين كل ولد وأبيه.

قال فى القاعده الثالثة عشر بعد المائة: وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله. وذكره، وأطلقهما فى الفائق.

ولو رتب بقوله «الأعلى فالأعلى، والأقرب فالأقرب، أو البطن الأول ثم الثانى» فهذا ترتيب جملة على مثلها. لا يستحق البطن الثانى شيئاً قبل انقراض الأول. قاله فى المغنى^(٢)، والشرح^(٣)، والحارثى، والفائق، وغيرهم.

قال فى التلخيص: وكذا قوله «قرنا بعد قرن».

ولو قال بعد الترتيب بين أولاده «ثم على أنسأهم وأعقابهم» فهل يستحقه أهل العقب مرتباً، أو مشتركاً؟ فيه وجهان. وأطلقهما فى الفائق.

قلت: الصواب الترتيب.

ولو رتب بين أولاده وأولادهم ب«ثم» ثم قال «ومن توفى عن ولد فنصيبه لولده» استحق كل ولد بعد أبيه نصيبه.

(١) ذكره فى الكافى مقدماً (فقال لأنه قرينه اشتراط انقراضهم دليل على أنهم أريدوا به) الكافى (٢٥٥/٢).

(٢) قطع به فى المغنى ثم قال (ولو بقى واحد من البطن الأول كان الجميع له لأن الوقف ثبت بقوله فيتبع فيه مقتضى كلامه) المغنى (٦ / ٢٠٠).

(٣) ذكره فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٦ / ٢١٧).

كتاب الوقف ٤٧

ولو قال «على أولادى، ثم على أولاد أولادى، على أنه من توفى منهم عن غير ولد فنصيبه لأهل درجته» استحق كل ولد نصيب أبيه بعده، كالتى قبلها.

قال فى الفائق: ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله وغيره. انتهى.

وهما ينزعان إلى أصل المسألة المتقدمة.

وقد تقدم كلام الشيخ تقي الدين فيها.

قلت: هذه المسألة أولى بالصحة.

وقد وافق الشيخ تقي الدين رحمه الله على ذلك كثير من العلماء من أرباب المذهب. وجعلوه من تخصيص العموم بالمفهوم. وهو أظهر.

وصنف الشيخ تقي الدين فى ذلك مصنفًا حافلًا خمس كراريس.

ولو قال «ومن مات عن ولد فنصيبه لولده» فالصحيح من المذهب: أنه يشمل النصيب الأصلى والعائد، مثل أن يكون ثلاث إخوة. فيموت أحدهم عن ولد. ويموت الثانى عن غير ولد. فنصيبه لأخيه الثالث.

فإذا مات الثالث ن ولد: استحق جميع ما مان فى يد أبيه من الأصلى والعائد إليه من أخيه. وقدمه فى الفروع.

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: يشمل النصيب الأصلى، ويشترك ولد الميت الأول وولد الميت الثالث فى النصيب العائد إلى أخيه. لأن والديهما لو كانا حيين لاشتركا فى العائد. فكذا ولدهما.

قلت: وهو الصواب.

ولو قال «ومن توفى عن غير ولد: فنصيبه لأهل درجته» وكان الوقف مرتباً بالبطون، كان نصيب الميت عن غير ولد: لأهل البطن الذى هو منه.

ولو كان مشتركاً بين أهل البطون: عاد إلى جميع أهل الوقف فى أحد الوجهين.

قلت: وهو الصواب. قوجود هذا الشرط كعدمه.

والوجه الثانى: يختص البطن الذى هو منه. فيستوى فيه إخوته وبنو عمه وبنو بنى عم أبيه. لأنهم فى القرب سواء. قدمه فى النظم.

٤٨ كتاب الوقف

وأطلقهما في المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والفائق، والفروع، والحاوي الصغير.
فإن لم يوجد في درجته أحد: فالحكم كما لو لم يذكر الشرط. قاله في المغنى^(٣)،
والشرح^(٤)، والفروع، وغيرهم.
ولو كان الوقف على البطن الأول، على أن من مات عن ولد فنصيبه لولده، وإن
مات عن غير ولد: انتقل نصيبه إلى من في درجته. فمات أحدهم عن غير ولد،
فقليل: يعود نصيبه إلى أهل الوقف كلهم، وإن كانوا بطونا. وحكم به التقى سليمان.
وهو الصواب.

وقيل: يختص أهل بطنه، سواء كانوا من أهل الوقف حالا أو قوة، مثل أن يكون
البطن الأول ثلاثة. فمات أحدهم عن ابن، ثم مات الثاني عن ابنين. فمات أحد
الابنين وترك أخاه وابن عمه، وعمه وابناً لعمه الحى. فيكون نصيبه بين أخيه وابن
عمه الميت وابن عمه الحى ولا يستحق العم شيئا.

وقيل: يختص أهل بطنه في أهل الوقف المتناولين له في الحال.
فعلى هذا: يكون لأخيه وابن عمه الذى مات أبوه. ولا شيء لعمه الحى ولا
لولده.

وأطلقهن في المغنى^(٥)، والشرح^(٦)، والفروع، والفائق، والحاوي الصغير.

(١) ذكر الإطلاق في المغنى فقال (وإن كان مشتركا بين البطون كلها احتمل أن يكون نصيبه بين أهل
الوقف كلهم لأنهم في استحقاق الوقف سواء فكانوا في درجة من هذه الجهة ولأننا لو صرفنا نصيبه
إلى بعضهم أفضى إلى تفضيل بعضهم والتشريك يقتضى التسوية فعلى هذا يكون وجود هذا الشرط
لعدمه لأنه لو سكت عنه كان الحكم فيه كذلك) ويحتمل أن يعود نصيبه إلى سائر أهل البطن الذى هو
فيه لأنهم في درجه سواء في القرب ولأننا لو شركنا بين أهل الوقف كلهم في نصيبه لم يكن فى هذا
الشرط فائدة) المغنى [٢٠٢ / ٦].

(٢) ذكر الإطلاق صاحب الشرح كما في المغنى. الشرح (٦ / ٢١٩).

(٣) ذكره المصنف في المغنى بنصبه وتماحه. المغنى (٦ / ٢٠٢).

(٤) ذكره في الشرح بنصبه وتماحه. الشرح [٢١٩ / ٦].

(٥) ذكر الإطلاق في المصنف في المغنى على ثلاثة أوجه أحدها - أن يكون نصيبه من أهل الوقف كلهم
بتساوون فيه سواء كان من بطن واحد أو من بطون وسواء تساوت أنصباؤهم في الوقف أو اختلفت -
الثاني - أن يكون لأهل بطنه سواء كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا مثل أن يكون البطن الأول ثلاثة
فمات أحدهم عن ابن عم ثم مات الثاني عن ابنين فمات أحد الابنين وترك أخاه وعمه وابن عمه وابن
لعمه الحى فيكون نصيبه بين أخيه وابن عمه. - الثالث - أن يكون لأهل بطنه من أهل الوقف فيكون
نصيبه على هذا لأخيه وابن عمه الذى مات أبوه) المغنى (٦ / ٢٠٢).

(٦) ذكر الإطلاق في الشرح على ثلاثة أوجه كما في المغنى (٦ / ٢١٩).

كتاب الوقف..... ٤٩

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: ذوو طبقتهم: إخوته، وبنو عمه، ونحوهم، ومن هو أعلى منه: عمومته، ونحوهم. ومن هو أسفل منه: ولده، وولد إخوته وطبقتهم.

ولا يستحق من في درجته من غير أهل الوقف بحال. كمن له أربعة بنين. وقف على ثلاثة. وترك الرابع. فمات أحد الثلاثة عن غير ولد: لم يكن للرابع فيه شيء. لانه ليس من أهل الاستحقاق. قاله الأصحاب.

إذا شرطه لمن في درجة المتوفى عند عدم ولده: استحققه أهل الدرجة حالة وفاته. وكذا من سيوجد منهم في أصح الاحتمالين.

قال: في الفائق: هذا أقوى الاحتمالين.

قال: ورأيت المشاركة بخط الشيخ شمس الدين - يعنى: الشارح - والنووي.

قال ابن رجب في القواعد: يخرج فيه وجهان. قال: والدخول هنا أولى. وبه أفتى الشيخ شمس الدين.

قال: وعلى هذا، لو حدث من هو أعلى من الموجودين، وكان في الوقف استحقاق الأعلى فالأعلى: فإنه ينتزعه منهم. قاله في القواعد السابعة بعد المائة.

السادسة: لو قال «على أولادى، ثم أولادهم الذكور والإناث، ثم أولادهم الذكور من ولد الظهر فقط. ثم نسلهم وعقبهم، ثم الفقراء. على أن مات منهم، وترك ولداً وإن سفل: فنصيبه له. فمات أحد الطبقة الأولى، وترك بنتاً، فماتت ولها أولاد». فقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: ما استحقته قبل موتها: فهو لهم.

قال في الفروع، ويتوجه: لا. انتهى.

ولو قال «ومن مات عن غير ولد، وإن سفل: فنصيبه لإخوته. ثم نسلهم، وعقبهم» عم من لم يعقب ومن أعقب، ثم انقطع عقبه، لأنه لا يقصد غيره. واللفظ يحتمله. فوجب الحمل عليه قطعياً. قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله.

قال في الفروع: ويتوجه نفوذ حكمه بخلافه.

السابعة: لو اجتمع صفتان أو صفات في شخص واحد. فهو كاجتماع شخصين أو أشخاص. على المشهور من المذهب. فيتعدد الاستحقاق بها، كالأعيان. قاله في القواعد التاسعة عشر بعد المائة.

وله نظائر في الوصايا، والفرائض، والزكاة. فكذا الوقف.

٥٠ كتاب الوقف

وأفتى به العلامة ابن رجب أيضاً. ورد قول المخالف في ذلك.

وقيل: لا يتعدد الاستحقاق بذلك.

ويأتى قريباً من ذلك في الفائدة السادسة من الفوائد الآتية قريباً.

الثامنة: إذا تعقب الشرط جملاً: عاد إلى الكل. على الصحيح من المذهب.

وقد ذكر المصنف في المغنى وجهين، في قوله «أنت حرام. والله لا أكلمك إن شاء الله تعالى» انتهى.

والاستثناء كالشرط. على الصحيح من المذهب. نص عليه.

وقيل: لا. وقيل: والجمل من جنس كالشرط.

وكذا مخصص: من صفة، وعطف بيان، وتوكيد، وبدل، ونحوه، والجار والمجرور، نحو «على أنه» أو «بشرط أنه» ونحو ذلك كالشرط. لتعلقه بفعل، لا باسم.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: وعموم كلامهم: لا فرق بين العطف بواو وفاء وثم. وذلك لما تقدم. ذكر ذلك ابن عقيل وغيره.

التاسعة: لو وجد في كتاب وقف «أن رجلاً وقف على فلان وعلى بنى بنيه. واشتبه: هل المراد بنى بنيه، جمع ابن، أو بنى بنته، واحدة البنات؟

فقال ابن عقيل في الفتون: يكون بينهما عندنا. لتساويهما، كما في تعارض البيئات.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: ليس هذا من تعارض البيتين، بل هو بمنزلة تردد البيئة الواحدة. ولو كان من تعارض البيتين. فالقسمة عند التعارض رواية مرجوحة. وإلا فالصحيح: إما التساقط وإما القرعة. فيحتمل أن يقرع هنا. ويحتمل أن يرجح بنو البنين. لأن العادة أن الإنسان إذا وقف على ولد بنتيه لا يخص منهما الذكور، بل يعم أولادهما، بخلاف الوقف على ولد الذكور. فإنه يخص ذكورهم كثيراً، كأبائهم. ولأنه لو أراد ولد البنت لسماها باسمها، أو لشرك بين ولدها وولد سائر بناته.

قال: وهذا أقرب إلى الصواب.

وأفتى أيضاً رحمه الله فيمن وقف على أحد أولاده - وله عدة أولاد - وجهل اسمه: أنه يميز بالقرعة.

كتاب الوقف ٥١

قوله: «وَيُرْجَعُ إِلَى شَرْطِ الْوَاقِفِ فِي قَسْمِهِ عَلَى الْمُؤَقِّفِ عَلَيْهِ، وَفِي التَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ، وَالْجَمْعِ وَالتَّرْتِيبِ، وَالتَّسْوِيَةِ وَالتَّفْضِيلِ، وَإِخْرَاجِ مَنْ شَاءَ بِصِفَةٍ. وَفِي النَّظَرِ فِيهِ، وَالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ وَسَائِرِ أَحْوَالِهِ».

وكذا لو شرط عدم إيجاره، أو قدر مدة. قاله الأصحاب^(١).

وقال الحارثي: وعن بعضهم: جواز زيادة مدة الإجارة على ما شرط الناظر بحسب المصلحة.

قال: وهو يحتاج عندى إلى شيء من تفصيل.

فقوله «يرجع في قسمه» أى في تقدير الاستحقاق.

و «التقديم» البداءة ببعض أهل الوقف دون بعض. كوقفت على زيد وعمرو وبكر. ويبدأ بالدفع إلى زيد، أو وقفت على طائفة كذا. ويبدأ بالأصلح، أو الأفقه.

و «التأخير» عكس ذلك. وإذا أضيف تقدير الاستحقاق: كان للمؤخر ما فضل، وإن لم يفضل شيء سقط.

و «الجمع» جمع الاستحقاق مشتركاً في حالة واحدة.

و «الترتيب» جعل استحقاق بطن مرتباً على آخر، كما تقدم.

و «الترتيب» مع «التقديم والتأخير» متحد معنى، لكن المراد فى صورة التقديم بقاء أصل للمؤخر، على صفة أن له ما فضل وإلا سقط. وفى صورة الترتيب: عدم استحقاق المؤخر مع وجود المقدم.

و «التسوية» جعل الربيع بين أهل الوقف متساوياً.

و «التفضيل» جعله متفاوتاً.

ومعنى «الإخراج بصفة» و «الإدخال بصفة» جعل الاستحقاق والحرمان مرتباً على وصف مشترك.

فترتب الاستحقاق: كالوقف على قوم بشرط كونهم فقراء أو صلحاء.

وترتب الحرمان أن يقول: ومن فسق منهم، أو استغنى فلا شيء له.

(١) قطع به فى الشرح الكبير فقال (لأنه ثبت بوقفه فوجب أن يتبع فيه شرطه ولأن ابتداء الوقف مفوض إليه فكذلك تفضيله وترتيبه وكذلك إن شرط إخراج بعضهم بصفة ورده بصفة) الشرح (٦ / ٢١٢) العمدة (٢٨٢). الكافى (٢ / ٢٥٨). المحرر (١ / ٣٧٠).

٥٢ كتاب الوقف

تنبيه: ظاهر كلام المصنف وغيره: أن الشرط المباح الذى لا يظهر قصد القرية منه: يجب اعتباره فى كلام الواقف.

قال الحارثى: وهو ظاهر كلام الأصحاب. والمعروف فى المذهب: الوجوب. قال وهو الصحيح.

وقال فى الفائق، وقال شيخنا - يعنى به الشيخ تقي الدين رحمه الله - يخرج من شرط كونه قرية: اشتراط القرية فى الأصل يُلزم الشروط المباحة. انتهى.

وقال فى الفروع: واختار شيخنا - يعنى به الشيخ تقي الدين - لزوم العمل بشرط مستحب خاصة.

وذكره صاحب المذهب. لأنه لا ينفعه، ويُعذر عليه، فبذل المال فيه سفه، ولا يجوز. انتهى.

قال الحارثى: ومن متأخرى الأصحاب من قال: لا يصح اشتراطه - يعنى المباح - فى ظاهر المذهب. وعلمه. قال: وهذا له قوة، على القول باعتبار القرية فى أصل الجهة، كما هو ظاهر المذهب.

ورياه أراد بقوله «فى ظاهر المذهب» فيما أرى.

ويؤيده من نص الإمام أحمد - وذكر النص فى الوصية. انتهى.

والظاهر: أنه أراد بقوله «من متأخرى الأصحاب» الشيخ تقي الدين رحمه الله. وكان فى زمنه.

وفى كلام صاحب الفروع إيماء إلى ذلك.

وقال الشيخ تقي الدين أيضاً: ومن قَدَّر له الواقف شيئاً. فله أكثر منه إن استحقه بموجب الشيء. وقال أيضاً: الشرط المكروه باطل اتفاقاً.

فائدة: لو خصص المدرسة بأهل مذهب أو بلد أو قبيلة: تخصصت.

وكذلك الرباط والخانقاه والمقبرة. وهذا المذهب^(١). جزم به التلخيص، وغيره. وصححه الحارثى وغيره.

قال الحارثى: وذكر بعض شيوخنا فى كتابه احتمالاً بعدم الاختصاص.

(١) يُفهم من كلام صاحب الشرح بتصرف الشرح (٦ / ٢١٢). والكافى (٢ / ٢٥٢). المحرر (١ / ٣٧٠). والمغنى (٦ / ١٩١).

كتاب الوقف ٥٣

وأما المسجد: فإن عين لإمامته شخصاً: تعين. وإن خصص الإمامة بمذهب: تخصصت به، ما لم يكن في شيء من أحكام الصلاة مخالفاً لصريح السنة أو ظاهرها، سواء كان لعدم الاطلاع، أو لتأويل ضعيف.

وإن خصص المصلين فيه بمذهب، فقال في التلخيص: يختص بهم على الأشبه. لاختلاف المذاهب في أحكام الصلاة.

قال الحارثي: وقال غير صاحب التلخيص من متأخري الأصحاب: يحتمل وجهين. قوى الحارثي عدم الاختصاص.

قلت: وهو الصواب.

قال في الفائق، قلت: واختار ابن هبيرة عدم الاختصاص في المسجد بمذهب في الإمام.

قال في الفروع، وقيل: لاتعين طائفة وقف عليها مسجد أو مقبرة. كالصلاة فيها.

وقال أبو الخطاب: يحتمل إن عين من يصلى فيه من أهل الحديث، أو تدريس العلم: اختص. وإن سلم، فلائنه لا يقع التزام بإشاعته، ولو وقع: فهو أفضل. لأن الجماعة تراد له.

وقيل: تمنع التسوية بين فقهاء، كمسابقة.

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: قول الفقهاء «نصوص الواقف كنصوص الشارع» يعنى فى الفهم والدلالة، لا فى وجوب العمل، مع أن التحقيق: أن لفظه، ولفظ الموصى، والخالف، والناذر، وكل عاقد: يحمل على عادته فى خطابه، ولغته التى يتكلم بها، وافقت لغة العرب أو لغة الشارع. أم لا

قال: والشروط: إنما يلزم الوفاء بها إذا لم تقض إلى الإخلال بالمقصود الشرعى. ولا يجوز المحافظة على بعضها مع فوات المقصود بها.

قال: ومن شرط فى القربات: أن يقدم فيها الصنف المفضل: فقد شرط خلاف شرط الله. كشرطه فى الإمامه تقدم غير الأعلم، والناظر منفذ لما شرطه الواقف. انتهى.

وإن شرط أن لا ينزل فاسق، ولا شرير، ولا متجوه، نحوه: عمل به. وإلا توجه أن لا يعتبر فى فقهاء ونحوهم.

وفى إمام ومؤذن الخلاف.

قال فى الفروع: وهو ظاهر كلامهم، وكلام شيخنا فى موضع.
وقال الشيخ تقي الدين أيضاً: لا يجوز أن ينزل فاسق فى جهة دينية، كمدرسة
وغيرها مطلقاً. لأنه يجب الإنكار عليه وعقوبته. فكيف ينزل؟
وقال أيضاً: إن نزل مستحق تنزيلاً شرعياً: لم يجوز صرفه بلا موجب شرعى
انتهى.

فائدة: قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: لو حكم حاكم بمحض - كوقف فيه
شروط - ثم ظهر كتاب الوقف غير ثابت: وجب ثبوته، والعمل به إن أمكن.
وقال أيضاً: لو أقر الموقوف عليه: أنه لا يستحق فى هذا الوقف إلا مقداراً
معلوماً. ثم ظهر شرط الواقف بأنه يستحق أكثر: حكم له بمقتضى شرط الواقف.
ولا يمنع من ذلك الإقرار المتقدم. انتهى.

تنبيه: ظاهر قوله: ﴿وَإِخْرَاجُ مَنْ شَاءَ بِصِفَةٍ، وَإِدْخَالُهُ بِصِفَةٍ﴾.

أن الواقف لو شرط للناظر إخراج من شاء بصفة من أهل الوقف. وإدخال غيره
بصفة منهم: جاز لأنه ليس بإخراج للوقوف عليه من الوقف. وإنما هو تعليق
الاستحقاق بصفة. فكأنه جعل له حقاً فى الوقف إذا اتصف بإرادة الناظر ليعطيه،
ولم يجعل له حقاً إذا انتفت تلك الصفة فيه.

وإن شرط له أن يخرج من شاء من أهل الوقف، ويدخل من شاء من غيرهم: لم
يصح لأنه شرط ينافى مقتضى الوقف. فأفسده، كما لو شرط أن لا يتفع به.

قال ذلك المصنف^(١) ومن تابعه. وقدمه فى الفروع.

وقال الحارثي: فرق المصنف بين المسألتين، قال: والفرق لا يتجه.

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: كل متصرف بولاية إذا قيل له «يفعل ما يشاء»
فإنما هو لمصلحة شرعية، حتى لو صرح الواقف بفعل ما يهواه، وما يراه مطلقاً:
فشرط باطل. لمخالفته الشرع. وغايته: أن يكون شرطاً مباحاً. وهو باطل. على
الصحيح المشهور، حتى لو تساوى فعلاً عمل بالقرعة.

وإذا قيل هنا بالتخير: فله وجه.

(١) ذكره المصنف فى المعنى بنصه وتماه انظر المعنى (٦ / ١٩٥). وتبعه ذلك صاحب الشرح. راجع
(الشرح ٦ / ١٩٧).

فوائد

الأولى: يتعين مصرف الوقف إلى الجهة المعينة له. على الصحيح من المذهب ونقله الجماعة. قدمه في الفروع وغيره. وقطع به أكثرهم، وعليه الأصحاب.

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: يجوز تغيير شرط الواقف إلى ما هو أصلح منه. وإن اختلف ذلك باختلاف الأزمان. حتى لو وقف على الفقهاء، والصوفية واحتاج الناس إلى الجهاد: صرف إلى الجند.

وقيل: إن سبّل ماء للشرب جاز الوضوء منه.

وقال في الفروع: فشرّب ماء موقوف للوضوء يتوجه عليه، وأولى.

وقال: الأخرى في الفرس الحبيس: لا يعيره ولا يوجره إلا لنفع الفرس.

ولا ينبغي أن يركبه في حاجة إلا لتأديبه وجمال المسلمين ورفعته لهم، أو غيظ للعدو. وتقدم وجه بتحريم الوضوء من ماء زمزم.

قال في الفروع: فعلى نجاسة المنفصل واضح.

وقيل: لمخالفة شرط الواقف: أنه لو سبّل ماء للشرب، في كراهة الوضوء منه وتحريمه وجهان في فتاوى ابن الزاغوني وغيره.

وعنه: يجوز إخراج بُسْط المسجد وحصره لمن ينتظر الجنّاة.

وأما ركوب الدابة لعلفها وسقيها: يجوز. نقله الشالنجي. وجزم به في الفروع وغيره.

الثانية: إذا شرط الواقف لناظره أجرة: فكُلّفته عليه حتى تبقى أجرة مثله. على الصحيح من المذهب. نص عليه. وقدمه في الفروع.

وقال المصنف^(١) ومن تبعه: كلفته من غلة الوقف.

قيل للشيخ تقي الدين رحمه الله: فله العادة بلا شرط؟ ليس له إلا ما يقابل عمله.

وتقدم في باب الحجر: إذا لم يشرط الواقف لناظر أجرة، هل له الأخذ أم لا؟

الثالثة: قال الحارثي: إذا أسند النظر إلى اثنين لم يتصرف أحدهم بدون شرط.

وكذا إن جعله الحاكم أو الناظر إليهما.

وأما إذا شرطه لكل واحد من اثنين: استقل كل منهما بالتصرف لاستقلال كل منهما بالنظر.

(١) ذكره المصنف في المغنى (٦ / ٢٤٥). وتبعه في ذلك صاحب الشرح (٦ / ٢١٤).

٥٦ كتاب الوقف

وقال في المعنى ^(١): إذا كان الموقوف عليه ناظراً - إما بالشرط، وإما لانتقاء ناظر مشروط - وكان واحداً: استقل به. وإن كانوا جماعة: فالنظر للجميع. كل إنسان في حصته. انتهى.

قال الحارثي: والأظهر أن الواحد منهم في حالة الشرط لا يستقل بخصته، لأن النظر مسند إلى الجميع. فوجب الشركة في مطلق النظر. فما من نظر إلا وهو مشترك.

وإن أسنده إلى عدلين من ولده، فلم يوجد إلا واحد، أو أبى أحدهما، أو مات: أقام الحاكم مقامه آخر. لأن الواقف لم يرض بواحد.

وإن جعل كلا منهما مستقلاً: لم يحتج إلى إقامة آخر. لأن البديل مستغنى عنه، واللفظ لا يدل عليه.

وإن أسنده إلى الأفضل فالأفضل من ولده، وأبى الأفضل القبول: فهل ينتقل إلى الحاكم مدة بقاءه، أو إلى من يليه؟ فيه الخلاف الذي فيما إذا رد البطن الأول، على ما تقدم. قاله الحارثي.

قلت: وهي قريبة مما إذا عَصَلَ الوليُّ الأقرب: هل تنتقل الولاية إلى الحاكم أو إلى من يليه من الأولياء؟ على ما يأتي في كلام المصنف في أركان النكاح.

وإن تعين أحدهم لفضله، ثم صار فيهم من هو أفضل منه: انتقل إليه لوجود الشرط فيه.

الرابعة: لو تنازع ناظران في نصب إمامة - نصَّبَ أحدهم زيداً والآخر عمراً - إن لم يستقلا: لم تنعقد الولاية. لانتفاء شرطها. وإن استقلا وتعاقبا: انعقدت للأسبق. وإن اتحدا واستوى المنصوبان: قدم أحدهما بالقرعة.

الخامسة: يشتمل على أحكام حجة من أحكام الناظر.

إذا عزل الواقف مَنْ شَرَطَ النظرَ له: لم ينزل، إلا أن يشرط لنفسه ولاية العزل. قطع به الحارثي، وصاحب الفروع.

ولو مات هذا الناظر في حياة الواقف: لم يملك الواقف نصب ناظر بدون شرط. وانتقل الأمر إلى الحاكم.

وإن مات بعد وفاة الواقف: فكذلك بلا نزاع.

(١) ذكره في المعنى بنصه ومما. المعنى (٦ / ٢٤٣).

كتاب الوقف ٥٧

وإن شرط الواقف النظر لنفسه. ثم جعله لغيره، أو فوضه إليه، أو أسنده: فهل له عزله؟ فيه وجهان. وأطلقهما في الفروع.

أحدهما: له عزله. قدمه في الرعاية الكبرى. فقال: وإن قال «وقفت كذا بشرط أن ينظر فيه زيد» أو «على أن ينظر فيه» أو قال عقبه «جعلته ناظراً فيه» أو جعل النظر له: صح، ولم يملك عزله.

وإن شرطه لنفسه. ثم جعله لزيد، أو قال «جعلت نظري له» أو «فوضت إليه ما أملكه من النظر» أو «أسندته إليه» فله عزله. ويحتمل عدمه. انتهى.

قال الحارثي: إذا كان الوقف على جهة لا تنحصر - كالفقراء والمساكين - أو على مسجد، أو مدرسة، أو قنطرة، أو رباط ونحوه ذلك. فالنظر للحاكم وجهها واحداً^(١).

وللشافعية وجه: أنه للواقف.

وبه قال: هلال الرأي من الحنفية.

قال الحارثي: وهو الأقوى.

فعليه: له نصب ناظر من جهته، ويكون نائباً عنه. يملك عزله متى شاء. لأصالة ولايته.

فكان منصوبه نائباً عنه، كما في الملك المطلق.

وله الوصية بالنظر لأصالة الولاية - إذا قيل: بنظره له - أن ينصب ويعزل أيضاً كذلك. انتهى.

والوجه الثاني: ليس له عزله. وهو الاحتمال الذي في الرعاية.

وللناظر بالأصالة أن يعزل وينصب أيضاً بشرطه.

والمراد بالناظر بالأصالة: الموقوف عليه، أو الحاكم. قاله القاضي محب الدين بن نصر الله.

وأما الناظر المشروط: فليس له نصب ناظر. لأن نظره مستفاد بالشرط. ولم يشرط النصب له.

وإن قيل: برواية توكيل الوكيل: كان له بالأولى. تأكيد ولايته من جهة انتفاء عزله بالعزل.

(١) ذكره المصنف في المغنى قال (فالنظر فيه إلى الحاكم لأنه ليس له مالك فتعين ينظر فيه) المغنى (٢٤٣/٦) وتبعه في ذلك صاحب الشرح (٦/٢١٣) الكافي (٢/٢٥٩).

٥٨ كتاب الوقف

وليس له الوصية بالنظر أيضاً. نص عليه فى رواية الأثرم. لأنه إنما ينظر بالشرط. ولم يشترط الإيصاء له، خلافاً للحنفية.

ومن شرط لغيره النظر إن مات، فعزل نفسه أو فسق، فهو كموته . لأن تخصيصه للغالب. ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله.

قال فى الفروع: ويتوجه لا.

وقال: لو قال «النظر بعده له» فهل هو كذلك، أو المراد بعد نظره؟ يتوجه وجهان. انتهى.

وللناظر التقرير فى الوظائف.

قال فى الفروع: قاله الأصحاب فى ناظر المسجد.

قال الحارثى: المشروط له نظر المسجد: له نصب من يقوم بوظائفه – من إمام، ومؤذن، وقِيم، وغيرهم – كما أن لناظر الموقوف عليه: نصب من يقوم بمصلحته. من جابٍ ونحوه.

وإن لم يُشترَط ناظر: لم يكن للواقف ولاية النصب. نص عليه فى رواية، وابن بختان.

قال الحارثى: ويحتمل خلافه على ما تقدم.

فعلى الأول: للإمام ولاية النصب. لأنه من المصالح العامة.

وقال فى الأحكام السلطانية: إن كان المسجد كبيراً – كالجوامع، وما عظم وكثر أهله – فلا يؤم فيها إلا من نديه السلطان. وإن كان من المساجد التى بينها أهل الشوارع والقبائل: فلا اعتراض عليهم. والإمامة فيها لمن اتفقوا عليه. وليس لهم بعد الرضى به عزله عن إمامته إلا أن يتغير.

قال الحارثى: والأصح أن للإمام النصب أيضاً، لكن لا ينصب من لا يرضاه الجيران. وكذلك الناظر الخاص لا ينصب من لا يرضونه.

وقال الحارثى أيضاً: وهل لأهل المسجد نصب ناظر فى مصالحه ووقفه؟ ظاهر المذهب: ليس لهم ذلك، كما فى نصب الإمام والمؤذن.

هذا إذا وجد نائب من وجهه الإمام.

فأما إذا لم يوجد – كما فى القرى الصغار أو الأماكن النائية – أو وجد، وكان

كتاب الوقف ٥٩

غير مأمون، أو يغلب عليه نصب من ليس مأموناً: فلا إشكال في أن لهم النصب،
تخصيلاً للغرض، ودفعاً للمفسدة.

وكذا ماعده من الأوقاف. لأهل ذلك الوقف، أو الجهة: نصب ناظر فيه كذلك.

وإن تعذر النصب من جهة هؤلاء فلرئيس القرية أو المكان النظر والتصرف لأنه
محل حاجة. ونص الإمام أحمد رحمه الله على مثله. انتهى.

قال في الفروع: وذكر في الأحكام السلطانية: أن الإمام يقرر في الجوامع الكبار،
كما تقدم. ولا يتوقف الاستحقاق على نصبه إلا بشرط.

ولا نظر لغير الناظر معه.

قال في الفروع: وأطلقه الأصحاب. وقاله الشيخ تقي الدين رحمه الله.

ويتوجه مع حضوره. فيقرر حاكم في وظيفة خلت في غيبته. لما فيه من القيام
بلفظ الواقف في المباشرة ودوام نفعه. فالظاهر: أنه يريده.

ولا حجة في تولية الأئمة مع البعد. لمنعهم غيرهم التولية.

فنظيره: منع الواقف التولية لغيبة الناظر؟

ولو سبق تولية ناظر غائب قدمت.

وللحاكم النظر العام. فيفترض عليه إن فعل ما لا يسوغ.

وله ضم أمين مع تفريطه أو تهمة، يحصل به المقصود. قاله الشيخ تقي الدين رحمه
الله وغيره.

وقال أيضاً: ومن ثبت فسقه، أو أصّر متصرفاً بخلاف الشرط الصحيح، عالماً
بتحريمه: قدح فيه.

فإما أن يعزل، أو يعزل، أو يضم إليه أمين، على الخلاف المشهور.

ثم إن صار هو أو الوصى أهلاً: عاد. كما لو صرح به، وكالموصوف.

وقال أيضاً: متى فرط: سقط مما له بقدر ما فوته من الواجب. انتهى.

وقال في التخليص. لو عزل عن وظيفته للفسق — مثلاً — ثم تاب، وأظهر العدالة
يتوجه أن يقال فيها ما قيل في مسألة الشهادة أو أولى. لأن تهمة الإنسان في حق
نفسه ومصلحته أبلغ منها في حق الغير.

والظاهر: أن مراده بالخلاف المشهور: مذكروه الأصحاب في الموصى إليه إذا
فسق: يعزل أو يضم أمين، على ما يأتي.

٦٠ كتاب الوقف

ويأتى بيان ذلك أيضاً قريباً فى الفائدة السابعة.

وقال فى الأحكام السلطانية: يستحق ماله إن كان معلوماً. فإن قصر فترك بعض العمل لم يستحق ما قبله. وإن كان بجنابة منه: استحقه. ولا يستحق الزيادة. وإن كان مجهولاً فأجرة مثله. فإن كان مقدراً فى الديوان وعمل به جماعة. فهو أجر المثل.

وإن لم يسم له شيئاً. فقال فى الفروع: قياس المذهب: إن كان مشهوراً بأخذ الجارى على عمله، فله جارى مثله، وإلا فلا شىء له.

وله الأجر من وقت نظره فيه. قاله الأصحاب، والشيخ تقي الدين.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: ومن أطلق النظر لحاكم: شمل أى حاكم كان، سواء كان مذهبه مذهب حاكم البلد زمن الوقف أولاً، وإلا لم يكن له نظر إذا انفرد، وهو باطل اتفاقاً.

وقد أفتى الشيخ نصر الله الحنبلى، والشيخ برهان الدين - ولد صاحب الفروع - فى الوقف شرط واقفه «أن النظر فيه لحاكم المسلمين كائناً من كان» بأن الحاكم إذا تعدوا يكون النظر فيه للسلطان. يوليه من شاء من المتأهلين لذلك.

ووافق على ذلك القاضى سراج الدين بن البلقينى، وشهاب الدين الباعونى، وابن الهائم، والتفهنى الحنفى، والبساطى المالكى.

وقال القاضى نجم الدين بن حجى - نقلاً، وموافقة للمتأخرين - إن كان صادراً من الواقف قبل حدوث القضاة الثلاثة، فالمراد: الشافعى. وإلا فهو الشافعى أيضاً على الراجح.

ولو فوضه الحاكم لم يجوز لآخر نقضه.

ولو ولى كل واحد منهما شخصاً قدّم ولى الأمر أحقهما.

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: لا يجوز لواقف شرط النظر لذى مذهب معين دائماً.

وقال أيضاً: ومن وقف على مدرس وفقهاء، فللناظر، ثم الحاكم: تقدير أعطيتهم. فلو زاد النماء فهو لهم.

والحكم بتقديم مدرس أو غيره باطل. لم نعلم أحداً يُعْتَدُّ به قال به، ولا بما يشبهه، ولو نفذه حكام. وبطلانه لمخالفته مقتضى الشرط والعرف أيضاً.

كتاب الوقف ٦١

وليس تقدير الناظر أمراً حتماً كتقدير الحاكم. بحيث لا يجوز له ولا لغيره زيادته ونقصه للمصلحة.

وإن قيل: إن المدرس لا يزداد ولا ينقص بزيادة النماء ونقصه: كان باطلاً. لأنه لهم.

والقياس: أنه يسوى بينهم، ولو تفاوتوا في المنفعة، كالإمام والجيش في الغنم. لكن دل العرف على التفصيل. وإنما قدم القيم ونحوه، لأن ما يأخذه أجره. ولهذا يحرم أخذه فوق أجره مثله بلا شرط. انتهى كلامه ملخصاً.

ويأتى في كلام المصنف «إذا وقف على من يمكن حصره».

قال في الفروع: وجعل الإمام والمؤذن كالقيم، بخلاف المدرس، والمعيد، والفقهاء. فإنهم من جنس واحد.

وذكر بعضهم في مدرس وفقهاء ومتفقهة، وإمام وقيم، ونحوه ذلك: يقسم بينهم بالسوية.

قال في الفروع: ويتوجه روايتا عامل زكاة الثمن، أو الأجرة. انتهى.

قال في الفائق: ولو شرط على مدرس وفقهاء وإمام: فلكل جهة الثلث. ذكره ابن الصيرفي في لفظ المنافع.

قال صاحب الفائق: قلت: يحتمل وجهين، أحداً من روايتي مدفوع العامل: هل هو الثمن؟ اعتباراً بالقسمة، أو أجره مثله بالنسبة. انتهى.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: ولو عطل مغل وقف مسجد سنة: تقسّطت الأجرة المستقبل عليها وعلى السنة الأخرى، لتقوم الوظيفة فيهما. لأنه خير من التعطيل. ولا ينقص الإمام بسبب تعطل الزرع بعض العام.

قال في الفروع: فقد أدخل مغل سنة في سنة.

وقد أفتى غير واحد منا في زمننا فيما نقص عما قدره الواقف كل شهر: أنه يتمم مما بعده. وحكم به بعضهم بعد سنين.

وقال: ورأيت غير واحد لا يراه. انتهى.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: ومن لم يقيم بوظيفته عزله من له الولاية بمن يقوم بها، إذا لم يتب الأول ويلتزم بالواجب.

٦٢ كتاب الوقف

ويجب أن يولى فى الوظائف وإمامه المساجد الأحق شرعاً، وأن يعمل بما يقدر عليه من عمل واجب.

وقال فى الأحكام السلطانية: ولاية الإمامة بالناس طريقها الأولى، لا الوجوب بخلاف ولاية القضاء والنقابة. لأنه لو تراضى الناس بإمام يصلى لهم: صح.

ولا يجوز أن يؤم فى المساجد السلطانية - وهى الجوامع - إلا من ولاه السلطان، لفلا يفتات عليه فيما وكل إليه.

وقال فى الرعاية: إن رضوا بغيره بلا عذر: كره، وصح فى المذهب. ذكره فى آخر الأذان.

السادسة: لو شرط الواقف ناظراً، ومدرساً، ومعيداً، وإماماً. فهل يجوز لشخص أن يقوم بالوظائف كلها وتنحصر فيه؟ صرح القاضى فى خلافه الكبير بعدم الجواز فى الفىء، بعد قول الإمام أحمد - رحمه الله - لا يتمول الرجل من السواد. وأطال فى ذلك.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله، فى الفتاوى المصرية: وإن أمكن أن يجمع بين الوظائف لواحد: فعل. انتهى.

وتقدم لابن رجب قريب من ذلك فى القاعدة السابعة قريباً.

السابعة: يشترط فى الناظر الإسلام، والتكليف، والكفاية فى التصرف، والخبرة به، والقوة عليه.

ويضم إلى الضعيف قوى أمين.

ثم إن كان النظر لغير الموقوف عليه، وكانت توليته من الحاكم، أو الناظر: فلا بد من شرط العدالة فيه.

قال الحارثى: بغير خلاف علمته.

وإن كانت توليه من الواقف - وهو الواقف - وهو فاسق، أو كان عدلاً ففسق - قال المصنف وجماعة: يصح. ويضم إليه أمين.

ويحتمل أن يصح تولية الفاسق. وينعزل إذا فسق.

وقال الحارثى: ومن متأخري الأصحاب: من قال بما ذكرنا فى الفسق الطارئ، دون المقارن للولاية. والعكس أنسب. فإن فى حال المقارنة مسامحة لما يتوقع منه، بخلاف حالة الطريان. انتهى.

كتاب الوقف ٦٣

وإن كان النظر للموقوف عليه - إما يجعل الواقف النظر له، أو لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر - فهو أحق بذلك، رجلاً كان أو امرأة، عدلاً كان أو فاسقاً. لأنه ينظر لنفسه. قدمه في المغنى^(١)، والشرح^(٢).

وقيل: يضم إلى الفاسق أمين.

قال الحارثي: أما العدالة: فلا تشترط، ولكن يضم إلى الفاسق عدل. ذكره ابن أبي موسى، والسامري، وغيرهما. لما فيه من العمل بالشرط، وحفظ الوقف. انتهى.

قلت: وهو الصواب.

وتقدم إذا كان النظر للموقوف عليه، وكان غير أهل: لصغر، أو سفه، أو جنون. فإن وليه يقوم مقامه في النظر - إن قلنا: الوقف يملكه الموقوف عليه - وإلا الحاكم.

الثامنة: وظيفة الناظر: حفظ الوقف والعمارة، والإيجار، والزراعة، والمخاصمة فيه، وتحصيل ريعه - من تأجير، أو زرعه، أو ثمره - والاجتهاد في تنميته، وصرفه في جهاته - من عمارة إصلاح، وإعطاء مستحق - ونحو ذلك.

وله وضع يده عليه، وعلى الأصل.

ولكن إذا شرط التصرف له، واليد لغيره. أو عمارته إلى واحد، وتحصيل ريعه إلى آخر: فعلى ما شرط. قاله الحارثي.

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: ونصب المستوفى الجامع للعمال المتفرقين: وهو بحسب الحاجة، والمصلحة. فإن لم تتم مصلحة قبض المال وصرفه إلا به: وجب. وقد يستغنى عنه لقلّة العمال.

قال: ومباشرة الإمام المحاسبة بنفسه كنصب الإمام الحاكم. ولهذا كان عليه أفضل الصلاة والسلام يباشر الحكم في المدينة بنفسه، ويولى مع البعد. انتهى.

التاسعة: قال الأصحاب: لا اعتراض لأهل الوقف على من ولاه الواقف إذا كان أميناً. ولهم مسائله عما يحتاجون إلى عمله من أمر وقفهم، حتى يستوى علمهم وعلمه فيه.

قال في الفروع: ونصه إذا كان متهماً. انتهى.

ولهم مطالبته بانتساخ كتاب الوقف. ليكون في أيديهم وثيقة لهم.

(١) ذكره في المغنى بنصه وتماه. المغنى (٦ / ٢٤٣).

(٢) ذكره أيضاً في الشرح كما في المغنى. الشرح (٦ / ٢١٣).

٦٤ كتاب الوقف

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: وتسجيل كتاب الوقف كالعادة.
 العاشرة: ما يأخذه الفقهاء من الوقف: هل هو كإجارة أو جعالة، واستحق بعض العمل؟ لأنه يوجب العقد عرفاً. وهو كالرزق من بيت المال؟
 فيه ثلاثة أقوال. ذكرها الشيخ تقي الدين رحمه الله. اختار الأخير.
 فقال: وما يؤخذ من بيت المال فليس عوضاً وأجرة: بل رزق للإعانة على الطاعة.
 وكذلك المال الموقوف على أعمال البر، والموصى به. أو المنذور له، ليس كالأجرة والجعل. انتهى.

قال القاضى فى خلافه، ولا يقال: إن منه ما يؤخذ أجرة عن عمل - كالتدريس ونحوه - لأننا نقول: أولاً. لانسلم أن ذلك أجرة محضة، بل هو رزق وإعانة على طلب العلم بهذه الأموال. وهذا موافق لما قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله.
 وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله أيضاً: ممن أكل المال بالباطل: قوم لهم رواتب أضعاف حاجتهم، وقوم لهم جهات معلومها كثير يأخذونه ويستنبون بيسير.
 وقال أيضاً: النيابة فى مثل هذه الأعمال المشروطة: جائزة. ولو عينه الواقف إذا كان النائب مثل مستنيبه. وقد يكون فى ذلك مفسدة راجحة، كالأعمال المشروطة فى الإجارة على عمل فى الذمة. انتهى.

قوله: ﴿فَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ نَاطِرًا. فَالْنَظَرُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ﴾.

هذا المذهب بلا ريب بشرطه. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.
 وقيل: للحاكم قطع به ابن أبى موسى.

واختاره الحارثى، وقال: فمن الأصحاب من بنى هذا الوجه على القول بانفكاك الموقوف عن ملك آدمى. وليس هو عندى كذلك ولا بد. إذ يجوز أن يكون لحق من يأتى بعد. انتهى. وأطلقهما فى الكافى^(١).

وقال المصنف^(٢)، ومن تبعه: ويحتمل أن يكون ذلك مبيناً على أن الملك فيه: هل ينتقل إلى الموقوف عليه، أو إلى الله؟.

(١) ذكر الإطلاق المصنف فى الكافى. قال وإن لم يشترط الناظر ففيه وجهان: - أحدهما: - ينظر فيه الموقوف عليه لأنه ملكه وغلته له، فكان نظر إليه كالطلق. الثانى: - إلى حاكم البلد لأنه يتعلق به حق الموقوف عليه وحق من ينتقل إليه ففوض الأمر فيه إلى الحاكم الكافى (٢ / ٢٥٨).

(٢) صرح به المصنف فى المغنى فقال (فإن لم يجعله لأحد أو جعله لإنسان فمات نظر فيه الموقوف عليه لأنه ملكه ونفعه له فكان الوجهان مبنيين على أن الملك هل ينتقل فيه إلى الموقوف عليه أو إلى الله تعالى فإن قلنا هو للموقوف عليه فالنظر فيه إليه لأنه ملكه عينه ونفعه، وإن قلنا هو لله فالحاكم يثوب فيه) المغنى (٦ / ٢٤٢).

كتاب الوقف ٦٥

فإن قلنا: هو للموقوف عليه، فالنظر فيه له.
وإن قلنا: هو الله تعالى، فالنظر للحاكم. انتهى.
قلت: قد تقدم أن الخلاف هنا مبنى على خلاف هناك. وعليه الأصحاب.
قال الحارثي هنا: إذا قلنا: النظر للموقوف عليه. فيكون بناء على القول بملكه،
كما هو المشهور عندهم. انتهى.
فلعل المصنف ما اطلع على ذلك. فوافق احتماله ما قالوه، أو تكون طريقة أخرى
في المسلم. وهو أقرب.
تنبيه: محل الخلاف: إذا كان الموقوف عليه معيناً، أو جمعاً محصوراً.
فأما إن كان الموقوف عليهم غير محصورين - كالفقراء والمساكين - أو على
مسجد، أو مدرسة، أو قنطرة، أو رباط، ونحوه ذلك: فالنظر فيه للحاكم، قولاً
واحداً.
وسأله المروذي: عن دار موقوفة على المسلمين. إن تبرع رجل فقام بأمرها،
وتصدق بغلتها على الفقراء؟ فقال: ما أحسن هذا.
قال الحارثي: وفيه وجه للشافعية: أن النظر يكون للواقف. قال: وهو الأقوى.
قال: وعلى هذا له نصيب ناظر من جهته. ويكون نائباً عنه، يملك عزله متى شاء.
وله أيضاً الوصية بالنظر، لأصالة الولاية.
وتقدم ذلك وغيره بآتم من هذا قريباً.
قوله: ﴿وَيَنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ غَلَّتِهِ﴾.
مراده: إذا لم يعين الواقف النفقة من غيره. وهو واضح.
فإن لم يعينه من غيره: فهو من غلته.
وإن عينه من غيره: فهو منه، بلا نزاع^(١) بين الأصحاب.
وقال الحارثي: وخالف المالكية في شيء منه، فقالوا: لو شرط المرمّة على
الموقوف: لم يجوز. ووجبت في الغلة.

(١) ذكره المصنف في المغني (لأن الوقف انتضى تحييس أصله وتسهيل نفعه ولا يحصل ذلك إلا بالإنفاق
عليه فكان ذلك من ضرورته) المغني (٦ / ٢١٤). والشرح (٦ / ٢١٤) الكافي (٢ / ٢٥٨). المحرر
(١ / ٣٧٠). العدة (٢٨٢).

٦٦ كتاب الوقف
وعن بعضهم: يرد للوقف ما لم يقبض. لأن ذلك بمثابة العوض. فنافى موضوع
الصدقة.

قال الحارثي: وهذا أقوى. انتهى.
وإذا قلنا: هو من غلته، فلم تكن له غلة.
فلا يخلو: إما أن يكون فيه روح أو لا.
فإن كان فيه روح، فلا يخلو: إما أن يكون الوقف على معين أو معينين، أو
غيرهم.

فإن كان على معينين: فالصحيح من المذهب: وجوب نفقته على الموقوف عليهم.
وعليه أكثر الأصحاب. منهم: المصنف^(١)، والشارح، وصاحب التلخيص والحارثي،
وغيرهم.

قال الحارثي: بناء على أنه ملكهم.
وذكر المصنف^(٢): وجهاً بوجوبها في بيت المال.
قال الحارثي: ويحسن بناؤه على انتفاء ملك الآدمي للموقوف. قال: وبه أقول.
ثم إن تعذر الإنفاق من بيت المال، أو من الموقوف عليه – على القول بوجوبها
عليه – بيع وصرف الثمن في عين أخرى تكون وقفاً لحل الضرورة. قاله الحارثي.
قلت: فيعابى بها.

وإن كان عدم الغلة لأجل أنه ليس من شأنه أن يستغل – كالعبد يخدمه، والفرس
يغزو عليه، أو يركبه – أوجر بقدر نفقته. قاله الحارثي، وغيره وهو داخل في
عموم كلام المصنف.

وإن كان الوقف الذي له روح على غير معين – كالمساكين، والغزاة، ونحوهم –
ففنقته في بيت المال. ذكره القاضى، وابن عقيل، وغيرهما. قاله الحارثي.
ويتجه إيجاره بقدر النفقة حيث أمكن، ما لم يتعطل النفع الموقوف لأجله.
ثم إن تعذر: ففي بيت المال. وإن تعذر الإنفاق من بيت المال: بيع ولا بد. قاله
الحارثي.

(١) ذكره المصنف في المغنى حيث تعرض لتعطل النفقة فقال [وإن تعطلت منافع الحيوان الموقوف نفقته
على الموقوف عليه لأنه ملكه]. المغنى (٦ / ٢٤٥). وذكره أيضاً في الكافي (٢ / ٢٥٨).
(٢) ذكره الوجوب المصنف في المغنى فقال (ويحتمل وجوبها في بيت المال) المغنى (٦ / ٢٤٥).

كتاب الوقف ٦٧
قلت: فيعابى بها أيضاً.

وإن مات العبد: فمؤنة تجهيزه - على ما قلنا - فى نفقته على ما تقدم.
وإن كان الوقف لا روح فيه - كالعقار، ونحوه: لم تحب عمارته على أحد مطلقاً.
على الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. وحزم به الحارثى وغيره.
قال فى الفروع: وهو قول غير الشيخ تقي الدين، كالطلق.
قال فى التلخيص: إلا من يريد الانتفاع به، فيعمره باختياره.
وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: يجب عمارة الوقف بحسب البطون.

فوائد

الأولى: لو احتاج الخان المسبل، أو الدار الموقوفة لسكنى الحاج، أو الغزاة، إلى مرمة: أُجرَ جزء منه بقدر ذلك.

الثانية: قال فى الفروع: وتقدم عمارة الوقف على أرباب الوظائف.
وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: الجمع بينهما حسب الإمكان أولى. بل قد يجب. انتهى.

وقال الحارثى: عمارته لا تخلو من أحوال.
أحدها: أن يشترط البداءة بها، كما هو المعتاد. فلا إشكال فى تقديمها.
الثانى: اشتراط تقديم الجهة عليها. فيجب العمل بموجبه، ما لم يؤد إلى التعطيل.
فإن أدى إليه: قدمت العمارة. فيكون عقد الوقف مخصصاً للشرط. وهذا على القول ببطلان تأقيت الوقف.

أما على صحته: فتقدم الجهة كيف كان.
الثالث: اشتراط الصرف إلى الجهة فى كل شهر كذا، فهو فى معنى اشتراط تقديمه على العمارة. فيترتب ما قلنا فى الثانى.

الرابع: إيقاع الوقف على فلان، أو جهة كذا - ويض له - انتهى.
الثالثة: يجوز للناظر الاستدانة. على الواقف بدون إذن الحاكم لمصلحة، كشرائه للوقف نسيئة، أو بنقد لم يعينه. قطع به الحارثى، وغيره.
وقدمه فى الفروع. وقال: ويتوجه فى قرضه مالا: كولى.

الرابعة: لو أجر الموقوف عليه الوقف. ثم طلب بزيادة، فلا فسخ. بلا نزاع.

٦٨ كتاب الوقف

ولو أجز المتولى ما هو على سبيل الخيرات، ثم طلب بزيادة أيضاً، فلا فسخ أيضاً.
على الصحيح من المذهب.

وقيل: يحتمل أن يفسخ. ذكره في التلخيص.

الخامسة: إذا أجره بدون أجره المثل: صح. وضمن النقص، كبيع الوكيل بأنقص
من ثمن المثل. قاله في القاعدة الخامسة والأربعين.

وقال في الفائق: وهل للموقوف عليه إجازة الموقوف بدون أجره المثل؟ يحتمل وجهين.

السادسة: يجوز صرف الموقوف على عمارة المسجد - كبناء منارته، وإصلاحها
وكذا بناء منبره، وأن يشتري منه سلماً للسطح، وأن يبنى منه ظلته.

ولا يجوز في البناء مرحاض، ولا في زخرفة المسجد، ولا في شراء مكائس
ومجارف. قاله الحارثي.

وأما إذا وقف على مصالح المسجد، أو على المسجد - بهذه الصيغة - فجائز صرفه
في نوع العمارة، وفي مكائس، ومجارف ومساحي، وقناديل، وفرش، ووقود، ورزق
إمام، ومؤذن، وقيم.

وفي نواذر المذهب، لابن الصيرفي: منع الصرف منه في إمام، أو بوارى.

قال: لأن ذلك مصلحة للمصلين. للمسجد. ورده الحارثي.

السابعة: قال في نواذر المذهب: لو وقف داره على مسجد، وعلى إمام يصلى
فيه: كان للإمام نصف الربيع. كما لو وقفها على زيد وعمرو.

قال: ولو وقفها على مساجد القرية، وعلى إمام يصلى في واحد منها: كان الربيع
بينه وبين كل المساجد نصفين. انتهى. وتابعه الحارثي.

قلت: يحتمل أن يكون له بقدر ما يحصل لمسجد واحد. وله نظائر.

قوله: وَإِنْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ. ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ. فَهُوَ لَوْلَدِهِ الدُّكُورِ وَالْإِنَاثِ

بِالسُّوِّيَّةِ:.

نص عليه ^(١). ولا أعلم فيه خلافاً.

(١) ذكره صاحب الشرح فقال (لأنه شرك بينهم وإطلاق التشريك يقتضي التسوية كما لو أقر لهم بشيء
وكولد الأم في الميراث حيث شرك الله تعالى بينهم فيه فقال (فهم شركاء في الثلث) تساوا فيه ولم
يفضل بعضهم وليس كذلك في ميراث ولد الأبوين وولد الأب فإن الله تعالى قال (فإن كانوا إخوة
رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين) ولا نعلم فيه خلافاً الشرح (٦ / ٢١٤) المغنى (٦ / ١٩٨)
الكافي (٢ / ٢٥٦) العمدة (٢٨٣) المحرر (١ / ٣٨٢).

كتاب الوقف ٦٩

لكن لو حدث للواقف ولد بعد وقفه: ففي دخوله روايتان.
وأطلقهما في الفروع، والقواعد الفقهية في القاعدة السابعة بعد المائة.
إحداهما: يدخل معهم. اختاره ابن أبى موسى. وأفتى به ابن الزاغوني. وهو
ظاهر كلام القاضي، وابن عقيل.
والرواية الثانية: لا يدخل معهم. وهو المذهب. قدمه في الفروع، والمحرم^(١)،
والرايعتين، والحاوي الصغير، والنظم، وغيرهم.
وجزم به في المنور، وغيره. والوصية كذلك.
قوله: ﴿وَلَا يَدْخُلُ وَلَدُ الْبَنَاتِ﴾.
هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.
وقطع به في المحرم^(٢)، والنظم، والوجيز وغيرهم.
قال المصنف^(٣)، والشارح: لا يدخلون بغير خلاف.
وقدمه في الفروع، والفائق، وغيرهم.
وصححه في الرايعتين، والحاوي الصغير، والنظم.
وقيل: يدخلون. اختاره أبو بكر بن حامد.
قال الحارثي: وإذا قيل بدخول ولد الولد: هل يدخل ولد البنات؟.
جزم المصنف وغيره هنا بعدم الدخول، مع إيرادهم الخلاف فيه فيما إذا قال
«على أولاد الأولاد» كما في الكتاب.
قال: والصواب التسوية بين الصورتين. فيطرد في هذه ما في الأخرى، لتناول
الولد والأولاد للبطن الأول، فما بعده.
قوله: ﴿وَهَلْ يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنِينَ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ﴾.
ظاهر كلامه: أنهم سواء كانوا موجودين حالة الوقف أو لا. ولا شك أن
الخلاف جار فيهم.

(١) ذكره صاحب المحرم في باب الموصى له مقدماً فقال [ويختص ذلك بالموجودين من ولده حال
الوصية. نص عليه] المحرم (١ / ٣٨٢).

(٢) ذكره في المحرم مؤخراً فقال (وعنه لا يدخلون) المحرم (١ / ٣٣٨٢).

(٣) ذكره المصنف في المغنى فقال (وما كان من أولاد البنات فليس لهم فيه شيء لأنهم من رجل آخر)
المغنى (٦ / ١٩٨) وتبعه صاحب الشرح (٦ / ٢١٥).

٧٠ كتاب الوقف

إحدهما: يدخلون مطلقاً. وهو المذهب ^(١). نص عليه فى رواية المروزى،
ويوسف بن موسى، ومحمد بن عبد الله المنادى.

وجزم به فى الوجيز، وغيره.

قال الحارثي: المذهب دخولهم.

قال الناظم: وهو أولى.

وقدمه فى التلخيص، والحارثي، وصاحب القواعد الفقهية فى القاعدة الثالثة
والخمسین بعد المائة، وشرح ابن رزين.

واختاره الخلال، وأبو بكر عبدالعزيز، وابن أبى موسى، وأبو الفرج الشيرازى،
والقاضى فيما علقه بخطه على ظهر خلافه، وغيرهم.

والرواية الثانية: لا يدخلون مطلقاً.

قال المصنف - فى باب الوصايا - والقاضى، وابن عقيل: لا يدخلون بدون قرينة.

قال المصنف ^(٢)، والشارح: اختاره القاضى، وأصحابه.

وعنه: يدخلون إن كانوا موجودين حالة الوقف، وإلا فلا.

قدمه فى الرعايتين، والفائق - قال: نص عليه - والحاوى الصغير.

وذكر القاضى فى أحكام القرآن: إن كان ثم ولد: لم يدخل ولد الولد، وإن لم
يكن ولد: دخل. واستشهد بأية المواريث.

وأطلق الخلاف فى الفروع فى الموجودين حالة الوقف. وقدم عدم الدخول فى
غير الموجودين.

وهذا مستثنى مما اصطللنا عليه فى أول الكتاب.

فعلى القول بعدم الدخول: قال القاضى، والمصنف ^(٣)، والشارح، وابن حمدان

(١) ذكره المصنف فى المغنى مقدماً فقال (روى عن أحمد ما يدل على أنه يكون وفقاً على أولاده وأولاده
من الأولاد ابن ما لم تكن قرينه تصرف عن ذلك لأن الله تعالى قال (يوصيكم الله فى أولادكم) الآية
فدخل فيه ولد البين وإن سلفوا وكذلك كل موضع ذكر الله تعالى الولد دخل فيه ولد البين فالمطلق
من كلام الأدمى إذا خلا عن قرينة ينبغى أن يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ويفسر بما يفسر به)
المغنى (٦ / ١٩٨) والشرح (٦ / ٢١٥) الكافى (٢ / ٢٥٦) المحرر (١ / ٣٨٢).

(٢) ذكر المصنف قول القاضى واختاره (قال وقال القاضى وأصحابه لا يدخل فيه ولد الولد بحال سواء فى
ذلك ولد البين والبنات لأن الولد حقيقة وعرفاً إنما هو ولد له صلبه وإنما يسمى ولد الولد ولداً مجازاً
ولهذا يصح نفيه) المغنى (٦ / ١٩٩).

(٣) ذكره المصنف بنصه وتماه. انظر المغنى (٦ / ١٩٩).

كتاب الوقف..... ٧١

وغيرهم: إن قال «على ولدى ، وولد ولدى. ثم على المساكين» دخل البطن الأول والثاني، ولم يدخل البطن الثالث.

وإن قال «على ولدى وولد ولد ولدى» دخل ثلاث بطون، دون من بعدهم.

قال الحارثي: وهو وفق رواية أبي طالب.

تنبيهان

الأول: حيث قلنا بدخولهم، فلا يستحقون إلا بعد آبائهم مرتباً. على الصحيح من المذهب. لقوله «بطناً بعد بطن، أو الأقرب فالأقرب».

قدمه في الفائق، وقال: هو ظاهر كلامه.

قال في الفروع: والأصح مرتباً. وصححه في النظم أيضاً.

وقيل: يستحقون معهم.

وأطلقهما في القواعد.

وقال: وفي «الترتيب» فهل هو ترتيب بطن على بطن، فلا يستحق أحد من ولد الولد شيئاً، مع وجود فرد من الأولاد. أو ترتيب فرد على فرد. فيستحق كل ولد نصيب والده بعد فقده؟ على وجهين.

والثاني: منصوص الإمام أحمد رحمه الله. انتهى.

الثاني: حكم ما إذا أوصى لولده في دخول ولد بنيه: حكم الوقف. قاله في الفروع، وغيره.

وحكاه في القواعد عن الأصحاب.

قال: وذكر أبو الخطاب: أن الإمام أحمد رحمه الله نص على دخولهم.

والمعروف عن الإمام أحمد: إنما هو في الوقف.

وأشار الشيخ تقي الدين رحمه الله دخولهم في الوقف دون الوصية. لأن الوقف يتأيد، والوصية تملك للموجودين. فيختص بالطبقة العليا الموجودة.

فوائد

إحداها: لو قال «على ولد فلان - وهم قبيلة» أو قال «على أولادى وأولادهم» فلا ترتيب.

٧٢ كتاب الوقف

وسأله ابن هانئ: عمن وقف شيئاً على فلان مدة حياته ولولده؟ قال: هو له حياته. فإذا مات فلولده.

وإذا قال «على ولدى. فإذا انقرضوا. فللقراء» شمله على الصحيح. وقيل: لا يشمل.

الثانية: لو اقترن باللفظ ما يقتضى الدخول: دخلوا بلا خلاف. كقوله «على أولادى - وهم قبيلة» أو «على أولاد أولادى أبداً ما تعاقبوا وتناسلوا» أو «على أولادى» وليس له أولاد أولاد. أو «على أولادى: الأعلى فالأعلى» أو «تجب الطبقة العليا الطبقة السفلى» وما أشبه هذا.

وإن اقتضى عدم الدخول: لم يدخلوا بلا خلاف. كـ «على ولدى لصلبى» أو «الذين يلوننى» ونحوه ذلك، على ما يأتى فى قوله «ولدى لصلبى».

الثالثة: لو قال «على أولادى. فإذا انقرض أولادى وأولاد أولادى: فعلى المساكين».

فقال فى المجرى، والكافى^(١): يدخل أولاد الأولاد. لأن اشتراط انقراضهم دليل إرادتهم بالوقف. قدمه فى الرعايتين.

وفى الكافى^(٢) وجه: بعدم الدخول. لأن اللفظ لا يتناولهم. فهو منقطع الوسط. يصرف بعد انقراض أولاده مصرف المنقطع. فإذا انقرض أولادهم: صرف إلى المساكين.

وأطلقهما فى الحاوى الصغير.

الرابعة: قال فى التلخيص: إذا جهل شرط الواقف، وتعذر العثور عليه: قسم على أربابه بالسوية.

فإن لم يعرفوا: جعل كوقف مطلق لم يذكر مصرفه. انتهى.

وقال فى الكافى^(٣): لو اختلف أرباب الوقف فيه: رجع إلى الواقف.

فإن لم يكن: تساوا فيه، لأن الشركة ثبتت. ولم يثبت التفضيل. فوجبت التسوية، كما لو شرك بينهم بلفظه. انتهى.

(١) ذكره المصنف فى الكافى مقدماً. انظر الكافى (٢ / ٢٥٥).

(٢) ذكر المصنف فى الكافى هذا الوجه بنصه وتمامه بعد الوجه الأول بأنهم يدخلون ثم قال (وقيل لا يدخلون أيضاً لأن اللفظ لا يتناولهم) الكافى (٢ / ٢٥٥).

(٣) ذكره المصنف فى الكافى بنصه وتمامه. الكافى (٢ / ٢٥٩).

كتاب الوقف ٧٣

وقال الحارثي: إن تعذر الوقف على شرط الواقف، وأمكن التأسس بتصرف من تقدم ممن يوثق به: رجع إليه. لأنه أرجح مما عداه. والظاهر صحة تصرفه، وروعه على الوقف.

وإن تعذر - وكان الوقف على عمارة أو إصلاح - صرف بقدر الحاجة. وإن كان على قوم، وثم عرف في مقادير الصرف - كفقهاء المدارس - رجع إلى العرف. لأن الغالب وقوع الشرط على وفقه. وأيضاً: فالأصل عدم تقييد الواقف. فيكون مطلقاً. والمطلق منه يثبت له حكم العرف.

وإن لم يكن عرف سوى بينهم. لأن التشريك ثابت، والتفضيل لم يثبت. انتهى. وقال: وذكر المصنف نحوه. واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله: أنه يرجع في ذلك إلى العرف والعادة. وهو الصواب.

وقال ابن رزين في شرحه: إذا ضاع كتاب الوقف وشرطه، واختلفوا في التفضيل وعدمه: احتمل أن يسوى بينهم. لأن الأصل عدم التفضيل. واحتمل أن يفضل بينهم. لأن الظاهر: أنه يجعله على حسب إرثهم منه.

وإن كانوا أجنب: قدم قول من يدعى التسوية وينكر التفاوت. انتهى. تنبيه: يأتي في الباب الهبة - في كلام المصنف - هل يجوز التسوية بين الأولاد أم لا؟ وهل تستحب التسوية، أم المستحب أن تكون على حسب الميراث؟.

قوله: ﴿وَإِنْ وَقَفَ عَلَى عَقِبِهِ، أَوْ وَلَدٍ وَلَدِهِ، أَوْ ذُرِّيَّتِهِ: دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَيْنِ﴾ بلا نزاع^(١). في «عقبه» أو «ذريته».

وأما إذا وقف على ولده وولد ولده: فهل يشمل أولاد الثاني، والثالث، وهلم جرا؟.

تقدم عن القاضي والمصنف والشارح وغيرهم: أنه لا يشمل غير المذكورين.

وقوله: ﴿وَوُقِلَ عَنْهُ: لَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ﴾.

إذا وقف على ولد ولده، أو قال «على أولاد أولادي وإن سفلوا».

(١) ذكره المصنف في المغنى ثم قال (بغير خلاف نعلمه) المغنى (٦ / ٢٠٦) والشرح (٦ / ٢٢٢) المحرر [٣٨٢ / ١].

٧٤ كتاب الوقف

فنص الإمام أحمد رحمه الله في رواية المروذي: أن أولاد البنات لا يدخلون. وهو المذهب. وعليه جماهير الأصحاب^(١).

قال في الهداية، والمستوعب: وإن وصى لولد لده، فقال أصحابنا: لا يدخل فيه ولد البنات. لأنه قال في الوقف على ولد ولده. لا يدخل فيه ولد البنات. قال الزركشي: مفهوم كلام الخرقى: أنه يدخل ولد البنات. وهو أشهر الروايات.

واختاره القاضى فى التعليق، والجامع، والشرازى، وأبو الخطاب فى خلافه الصغير. انتهى.

قال فى الفروع: لم يشمل ولد بناته إلا بقرينة. اختاره الأكثر.

وجزم به فى الوجيز وغيره.

وقدمه فى الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والفروع، وصححه فى تجريد العناية.

قال فى الفائق: اختاره الخرقى، والقاضى، وابن عقيل، والشيخان - يعنى بهما: المصنف، والشيخ تقي الدين - وهو ظاهر ما قدمه الحارثى.

ونقل عنه فى الوصية: يدخلون.

وذهب إليه بعض أصحابنا. وهذا مثله.

قلت: بل هى هنا رواية منصوصة من رواية حرب.

قال فى القواعد: ومال إليه صاحب المغنى.

وهى طريقة ابن أبى موسى، والشرازى.

قال الشارح: القول بأنهم يدخلون: أصح وأقوى دليلاً. وصححه الناظم.

واختاره أبو الخطاب فى الهداية - فى الوصية - صاحب الفائق.

وجزم به فى منتخب الأدمى.

وقدمه فى المحرر^(٢)، والرايعتين، والحاوى الصغير، وغيرهم.

(١) ذكر المصنف قول المروزي وما نقله عن أحمد فقال (وما كانت من أولاد البنات فليس لهم فيه شيء لأنهم من رجل آخر) المغنى (٦ / ١٩٨) والشرح (٦ / ٢٢٣) الكافى (٢ / ٢٥٦) والمحرر (١ / ٣٨٢).

(٢) ذكره المجد فى المحرر مقدماً فقال [دخل فيه ولد البنات] المحرر (١ / ٣٨٢).

كتاب الوقف ٧٥

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته. أطلقهما فى القواعد الفقهية.
وقال أبو بكر، وابن حامد: يدخلون فى الوقف، إلا أن يقول «على ولد ولدى
لصلى» فلا يدخلون.

وهى رواية ثالثة عن الإمام أحمد رحمه الله.
قال فى المذهب: فإن قال «لصلى» لم يدخلوا وجهاً واحداً.
قال فى المستوعب، والتلخيص: فإن قيد فقال «لصلى» أو قال «من ينتسب إلى
منهم» فلا خلاف فى المذهب: إنهم لا يدخلون.

وحكى القاضى عن أبى بكر، وابن حامد: إذا قال «ولد ولدى لصلى» أنه يدخل
فيه ولد بناته لصلبه. لأن بنت صلبه: ولده حقيقة، بخلاف ولد ولدها.

قال الحارثى: وقول الإمام أحمد رحمه الله «لصلبه» قد يريد به ولد البنين، كما هو
المراد من إيراد المصنف عن أبى بكر. فلا يدخلون، جعلاً لولد البنين. ولد الظاهر،
وولد البنات ولد البطن. فلا يكون نصاً فى المسألة.

وقد يريد به ولد البنت التى تليه. فيكون نصاً. وهو الظاهر. انتهى.
وفى المسألة قول رابع: بدخول ولد بناته لصلبه، دون ولد ولدهن.
تنبيه: ماتقدم من الخلاف: إنما هو فيما إذا وقف على ولد ولده، أو قال «على
أولاد أولادى».

وكذا الحكم، والخلاف، والمذهب إذا وقف على عقبه أو ذريته، كما قال
المصنف^(١)، عند جماهير الصحاب.

ومن قال بعدم بالدخول هنا: أبو الخطاب، والقاضى أبو الحسين. وابن بكروس.
قاله الحارثى.

وقال: قال مالك بالدخول فى «الذرية» دون «العقب» وبه أقول.
وكذلك القاضى - فى باب الوصايا من المجرى - وابن أبى موسى، والشريفان - أبو
جعفر، والزيدى - وأبو الفرج الشيرازى. قالوا: بعدم الدخول فى «العقب» انتهى.
قال فى الفروع - بعد أن ذكر ولد ولده وعقبه وذريته - وعنه: يشملهم غير ولد
ولده.

(١) أحاله عليه المصنف فى المغنى تبينفى الخلاف. المغنى (٦ / ١٩٩). وتبعه ذلك صاحب الشرح (٦ /
٢٢٣).

٧٦ كتاب الوقف

وقال فى التبصرة: ىشمل الذرية، وأن الخلاف فى ولد ولده.

تنبيهان

الأول: حكى المصنف هنا عن أبى بكر، وابن حامد، أنهما قالوا: يدخلون فى الوقف، إلا أن يقول «على ولد ولدى لصلى».

وكذا حكاه عنهما أبو الخطاب فى الهداية.

وكذا حكاه القاضى عنهما فيما حكاه صاحب المستوعب، والتلخيص.

وحكى المصنف فى المغنى^(١)، والشارح، والقاضى فى الروايتين: أن أبا بكر، وابن حامد: اختارا دخولهم مطلقاً، كالراوية الثانية.

وقال ابن البنا فى الخصال: اختار ابن حامد: أنهم يدخلون مطلقاً. واختار أبو بكر: يدخلون، إلا أن يقول «على ولد ولدى لصلى».

قال الزركشى: وكذا فى المغنى القديم فيما أظن.

الثانى: محل الخلاف: مع عدم القرينة.

أما إن كان معه ما يقتضى الإخراج: فلا دخول بلا خلاف. قاله الأصحاب. كقوله: على أولادى، وأولاد أولادى المتتبعين إلى» ونحو ذلك.

وكذا إن كان فى اللفظ ما يقتضى الدخول. فإنهم يدخلون. بلا خلاف. قاله الأصحاب. كقوله «على أولادى، وأولاد أولادى، على أن لولد الإناء: سهماً، ولولد الذكور سهمين» أو «على أولادى فلان وفلان، وفلانة، وأولادهم. وإذا خلت الأرض ممن يرجع نسبه إلى من قبل أب أو أم: فللمساكين» أو «على أن من مات منهم فنصيبه لولده» ونحوه ذلك.

ولو قال «على البطن الأول من أولادى، ثم على الثانى، والثالث، وألادهم» والبطن الأول بنات: فكذلك يدخلون. بلا خلاف.

فوائد

الأولى: لفظ «النسل» كلفظ «العقب، والذرية» فى إفادة ولد الولد. قريهم وبعيدهم.

وكذا دخول ولد البنات وعدمه عند أكثر الأصحاب.

(١) ذكر المصنف فى المغنى قول أبى بكر وعبد الله بن حامد بأنه يدخل فيه ولد البنات لأن البنات أولاده فأولادهن أولاد حقيقة فيجب أن يدخلوا فى الوقف لتناول اللفظ لهم المغنى (٦ / ٢٠٦).

كتاب الوقف ٧٧

قال القاضي في المجرّد: لا يدخل ولد البنات. كما قال في «العقب» وهو اختيار السامري.

وذكر أبو الخطاب خلافه. أورده في الوصايا.

الثانية: لو قال «على بنى بنى» أو «بنى بنى فلان» فكـ «أولاد أولادى وأولاد أولاد فلان».

وأما ولد البنات: فقال الحارثي: ظاهر كلام الأصحاب هنا: أنهم لا يدخلون مطلقاً.

الثالثة: «الحفيد» يقع على ولد الابن والبنات، وكذلك «السبط» ولد الابن والبنات.

الرابعة: لو قال الهاشمي «على أولادى وأولاد أولادى الهاشميين» لم يدخل من أولاد بنته من ليس هاشمياً. والهاشمي منهم في دخوله وجهان. ذكرهما المصنف^(١) وغيره.

وبناهما القاضي على الخلاف في أصل المسألة.

ثم قال المصنف: أولاهما الدخول، معللاً بوجوب الشرطين: وصف كونه من أولاد أولاده، ووصف كونه هاشمياً.

والوجه الثاني: عدم الدخول. وأطلقهما الحارثي، وصاحب الفائق.

قال الحارثي: ولو قال «على أولادى وأولاد أولادى المتسبين إلى قبيلتي» فكذلك.

الخامسة: تجدد حق الحمل: بوضعه - من ثمر، وزرع - كمشتّر. نقله المروذي.

وجزم به في المغنى^(٢)، والشرح^(٣)، والحارثي.

وقال: ذكره الأصحاب في الأولاد. وقدمه في الفروع.

ونقل جعفر: يستحق من زرع قبل بلوغه الحصاد، ومن نخل لم يؤبر.

فإن بلغ الزرع الحصاد، أو أبر النخل: لم يستحق منه شيء.

(١) ذكر الوجهين المصنف في المغنى (قال على وجهين - أولادهما: أنهم يدخلون لأنهم اجتمع فيهم الصفتان جميعاً كونهم من أولاد أولاد وكونهم هاشميين - الثاني - لا يدخلون لأنهم لم يدخلوا في مطلق أولاد أولاده فأشبه ما لو لم يقل الهاشميين وإن قال على أولادى وأولاد أولادى ممن ينسب إلى قبيلتي كذلك) المغنى (٦ / ٢٠٨).

(٢) ذكر تجدد حق الحمل بوضعه صاحب المغنى بنصه وقامه. المغنى (٦ / ٢٠٥).

(٣) ذكره في التشرح كما في المغنى. الشرح (٦ / ٢٢٢).

٧٨ كتاب الوقف

وقطع به فى المبهج والقواعد.

وقال: وكذلك الأصحاب صرحوا بالفرق بين المؤبر وغيره هنا. منهم ابن أبى موسى، والقاضى، وأصحابه. معللين بتبعية غير المؤبر فى العقد. فكذلك فى الاستحقاق.

وقال فى المستوعب: يستحف قبل حصاده.

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: الثمرة للموجود عند التأبير أو بدو الصلاح. قال فى القروع: ويشبه الحمل: إن قدم إلى ثغر موقوف عليه، أو خرج منه إلى بلد موقوف عليه فيه. نقله يعقوب.

وقياسه: من نزل فى مدرسة ونحوه.

وقال ابن عبد القوى: ولقائل أن يقول: ليس كذلك. لأن واقف المدرسة ونحوه جعل ريع الوقف فى السنة. كالجعل على اشتغال من هو فى المدرسة عاماً.

فينبغي أن يستحق بقدر عمله من السنة من ريع الوقف فى السنة. لئلا يفضى إلى أن يحضر الإنسان شهراً مثلاً - فيأخذ مغل جميع الوقف. ويحضر غيره باقى السنة بعد ظهور العشرة. فلا يستحق شيئاً. وهذا يأباه مقتضى الوقوف ومقاصدها. انتهى.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: يستحق بحصته من مغله.

وقال: من جعله كالولد فقد أخطأ.

قوله: ﴿وَإِنْ وَقَفَ عَلَى بَنِيهِ، أَوْ بَنَى فُلَانًا، فَهُوَ لِلدُّكُورِ خَاصَّةٌ إِلَّا أَنْ يَكُونُوا قَبِيلَةً. فَيَدْخُلُ فِيهِ النِّسَاءُ دُونَ أَوْلَادِهِمْ مِنْ غَيْرِهِمْ﴾.

إذا لم يكونوا قبيلة، فجزم المصنف بعدم دخول أولاد النساء من غيرهم. وهو أحد الوجهين. وجزم به فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والوجيز.

وقيل: بدخولهم. قدمه فى الرايتين، والحاوى الصغير، والفائق.

(١) جزم به المصنف فى المغنى فقال (لو وقف على ولد فلان وقد صاروا قبيلة دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات وكذلك قبل أن يصيروا قبيلة لأن ولد البنات منسوبون الى آبائهم دون أمهاتهم قال الشاعر: بنونا بنو أبائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأبعد) المغنى (٦ / ٢٠٧) وانظر المغنى (٦ / ٤٦٩).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٦ / ٢٢٦).

كتاب الوقف ٧٩

قوله: ﴿وَإِنْ وَقَفَ عَلَى قَرَابَتِهِ، أَوْ قَرَابَةِ فَلَانٍ. فَهُوَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنثَى مِنْ أَوْلَادِهِ، وَأَوْلَادِ أَبِيهِ، وَجَدِّهِ، وَجَدِّ أَبِيهِ﴾.

يعنى بالسوية بين كبيرهم وصغيرهم، وذكرهم وأنثاهم، وغنيهم وفقيرهم. بشرط أن يكون مسلماً. وهذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

قال الحارثي: هذا المذهب عند كثير من الأصحاب: الخرقى والقاضى، وأبى الخطاب، وابن عقيل، والشريفين - أبى جعفر، والزيدى - وغيرهم.

قال الزركشى: هذا اختيار الخرقى، والقاضى، وعامة أصحابه.

وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والشرح^(١)، والفروع، والرعايتين، والحاوى الصغير، وغيرهم.

وعنه: يختص بولده وقربة أبيه، وإن علا مطلقاً. اختاره الحارثي.

وقدمه فى المحرر^(٢)، والنظم.

قال المصنف، والشارح: فعلى هذه الرواية: يعطى من يعرف بقربته من قبل أبيه وأمه الذين ينتسبون إلى الأب الأدنى. انتهى.

ومثاله: لو وقف على أقارب المصنف - وهو عبد الله بن أحمد بن محمد قدامة بن مقدام بن نصر، رحمهم الله - فالمستحقون: هم المنتسبون إلى قدامة. لأنه الأب الذى اشتهر انتساب المصنف إليه.

وقال فى الهداية: مثل أن يكون من ولد المهدى. فيعطى كل من ينتسب إلى المهدى.

ومثل فى المذهب بما إذا كان من ولد المتوكل.

ومثل فى المستوعب بما إذا كان من ولد العباس.

وعنه يختص بثلاثة آباء فقط.

(١) ذكره فى الشرح مقدماً فقال (ولا ينصرف إلى من هو أبعد منهم شيء لأن الله تعالى لما قال (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى والله وللرسول ولذئ القرى) يعنى قريى النبى ﷺ أعطى النبى ﷺ أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ذكرهم وأنثاهم ولم يعط من هو أبعد منهم) الشرح (٦) / ٢٢٨.

(٢) ذكره فى المحرر مقدماً فى باب الموصى له. انظر المحرر [١ / ٣٨٢].

٨٠ كتاب الوقف

فعلينا: لا يعطى الولد شيئاً.

قال القاضى: أولاد الرجل لا يدخلون فى اسم القرابة.

قال المصنف وغيره: وليس بشىء.

وعنه يختص منهم من يصله. نقله ابن هانئ وغيره. وصححه القاضى، وجماعة.

ونقل صالح: إن وصل أغنياءهم أعطوا، وإلا فالفقراء أولى.

وأخذ منه الحارثى عدم دخولهم فى كل لفظ عام.

واختار أبو محمد الجوزى: أن القرابة مختصة بقرابة أبيه، إلى أربعة آباء.

قال الزركشى: وشذَّ ابن الزاغونى فى وجيزه بأن أعطى أربعة آباء الواقف. فأدخل جدَّ الجد.

فعلى هذا: لا يدفع إلى الولد.

قال: وهو مخالف للأصحاب. انتهى.

قلت: نقل صالح: القرابة يعطى أربعة آباء.

وقد قال فى الخلاصة: وإن وصى لأقاربه، دخل فى الوصية الأب والجد وأبو الجد، وجد الجد، وأولادهم.

قال فى الرعاية: لو وقف على قرابته: شمل أولاده وأولاد أبيه وجدته. وجد أبيه. وعنه: وجد جده.

فكلام الزركشى فيه شىء. وهو أنه شذذ من قال ذلك.

وقد نقله صالح عن الإمام أحمد رحمه الله.

وحكم على القول بذلك بأن لا يدفع إلى الولد شىء.

وليس ذلك فى كلام ابن الزاغونى. بل المصرح به فى كلام من قال بقوله خلاف ذلك. وهو صاحب الخلاصة. وظاهر الرواية التى فى الرعاية.

وقيل: قرابته كآله، على ما يأتى.

وعنه: إن كان يصل قرابته من قبل أمه فى حياته: صرف إليه، وإلا فلا.

قال الحارثى: وهذه عنه أشهر.

واختارها القاضى أبو الحسين وغيره، وقالوا هى أصح.

كتاب الوقف ٨١

وقيل: يدخل قرابة أمه، سواء كان يصلهم أولا.

قال الزركشى: كلام ابن الزاغونى فى الوجيز يقتضى: أنه رواية.

فعلى هذا - والذى قبله - يدخل إخوته وأخواته وأولادهم، وأخواله وحالاته، وأولادهم.

وهل يتقيد بأربعة آباء أيضاً؟ فيه روايتان. وأطلقهما الحارثى.

وفى الكافى^(١): احتمال بدخول كل من عرف بقرابته من جهة أبيه وأمه، من غير تقييد بأربعة آباء. ونحوه فى المغنى^(٢)، والشرح^(٣). وكذلك القاضى فى المحرد.

قال الحارثى: هو الصحيح إن شاء الله تعالى.

قال ناظم المفردات:

من يُوصى للقريب قل: لا يدخل	منهم سوى من فى الحياة يصل
فإن تكن صلاته منقطعة	قرابة الأم إذن ممتنعة
وعمم الباقي من الأقارب	من جهة الآباء، ولا توارب
وفى القريب كافر لا يدخل	وعن أهيل قرية ينعزل

تنبيه: الوصية كالوقف فى باب الموصى له «إذا أوصى لأقرب قرابته، والوقف كذلك» فانتقل ما يأتى هناك إلى هنا.

قوله: ﴿وَأَهْلُ بَيْتِهِ بِمَنْزِلَةِ قَرَابَتِهِ﴾.

هذا المذهب نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب.

وجزم به فى الخلاصة، والوجيز، ومنتخب الأزجى، وغيرهم.

وقدمه فى الهداية، والمذهب، المستوعب، والمغنى^(٤)، والمحرد^(٥)، والشرح^(٦)،

(١) ذكر الاحتمال صاحب الكافى قال (ويحتمل أن يعطى كل من عرف قرابته من الجهتين لأن الاسم واقع عليهم لغة وعرفاً) الكافى (٢ / ٢٥٧).

(٢) ذكره فى المغنى كما فى الشرح المغنى (٦ / ٥٥٠).

(٣) ذكره صاحب الشرح فقال (عنه رواية ثالثة أنه يجاوز بها أربعة آباء وأن اللفظ لا يتغير بالقيود فعلى هذا يعطى كل من يعرف بقرابته من قبل أبيه وأمه الذين يتسبون إلى الأب الأدنى لأنهم قرابته فيتناولهم الاسم ويدخلون فى عمومهم) الشرح (٦ / ٢٢٩).

(٤) ذكره فى المغنى كما فى الشرح نقطة ٦، المغنى (٦ / ٥٥٣).

(٥) ذكره فى المحرد [٣٨٢ / ١].

(٦) ذكره فى الشرح [المنصوص عن أحمد رحمه الله أن أهل بيته بمنزلة قرابته فإنه قال فى رواية عبد الله إذا أوصى بثلاث ماله لأهل بيته فهو بمثابة قوله لقرابتي وقال أحمد قال النبى ﷺ [لا تحل الصدقة لى]

٨٢ كتاب الوقف

والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، والزركشى، وغيرهم.

وقال الخرقي: يعطى من قبل أبيه وأمه.

واختار أبو محمد الجوزى: أن أهل بيته كقراة أبويه.

واختار الشيرازى: أنه يعطى من كان يصله فى حياته من قبل أبيه وأمه، ولو جاوز أربعة آباء. ونقله صالح.

وقيل: أهل بيته كذوى رحمه. على ماأتى فى كلام المصنف قريباً.

وعنه: أزواجه من أهل بيته ومن أهله. ذكرها الشيخ تقي الدين رحمه الله.

وقال: فى دخولهن فى «آله وأهل بيته» روايتان. أصحهما: دخولهن، وأنه قول الشريف أبى جعفر وغيره.

وتقدم ذلك فى صفة الصلاة عند قوله «اللهم صل على محمد، وعلى آل محمد»

وقال فى الفروع: وظاهر الوسيلة: أن لفظ «الأهل» كالقراة، وظاهر الواضح: أنهم نسباؤه.

وذكر القاضى: أن أولاد الرجل لا يدخلون فى أهل بيته.

قال المصنف وغيره: ليس بشيء.

فائدة: «آله» كأهل بيته خلافاً ومذهباً.

وتقدم كلام الشيخ تقي الدين رحمه الله وغيره فى «الآل» فى صفة الصلاة. فليعاود.

و«أهله» من غير إضافة إلى «البيت» وكإضافته إليه. قاله المجد.

وذكر عن القاضى فى الدخول الزوجات هنا وجهين.

واختار الحارثى دخول. وهو الصواب. والسنة طافحة بذلك.

قوله: ﴿وَقَوْمُهُ وَنَسَبَاؤُهُ كَقَرَابَتِهِ﴾.

هذا المذهب ^(١). نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب.

ولأهل بيتى [فجعل سهم ذوى القربى لهم عوضاً عن الصدقة التى حرمت عليهم فكان ذوى القربى

الذين سماهم الله تعالى هم أهل بيته الذين حرمت عليهم الصدقة] الشرح (٦ / ٢٣٠).

(١) ذكره فى المحرر فقال (وأهل بيته وقومه كقرايته) المحرر (١ / ٣٨٢) والكاظمي (٢ / ٢٥٧) والمغنى (٦

/ ٥٥٤) والشرح (٦ / ٢٣١).

كتاب الوقف ٨٣

وجزم به فى الخلاصة، والوجيز، وغيرهما.
 وقدمه فيهما فى الفروع، والرعاية الكبرى، والشرح^(١)، وغيرهم.
 وقيل: هما كذوى رحمه.
 وقيل: قومه كقرايته. ونسباؤه كذوى رحمه. جزم به منتخب الأزجى.
 واختاره ابن عبدوس فى تذكرته. وقدمه فى المحرر والنظم.
 قال فى الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير: «نسباؤه» كأهل بيته وقومه. وقَدِّمًا:
 أن «قومه» كقرايته.
 وقال أبو بكر: هما كأهل بيته.
 واقتصر عليه فى الهداية. وقطع به فى المذهب.
 قال فى المتسوعب - بعد أن ذكر ما حكاه أبو الخطاب عن أبي بكر - وذكر أبو
 بكر فى التنبيه: أنه إذا قال «لأهل بيتى» أو «قومى» فهو من قبل الأب.
 وإن قال «أنسبائى» فمن قبل الأب والأم. انتهى.
 ويأتى كلام القاضى فى «الأنساب» عند الكلام على ذوى الرحم.
 واختار أبو محمد الجوزى: أن «قومه» كقراية أبويه.
 وقال ابن الجوزى: «القوم» للرجال دون النساء، وفاقاً للشافعى رحمه الله.
 لقوله تعالى: ﴿لَا يَسْخَرُ قَوْمٌ مِنْ قَوْمٍ﴾. [سورة الحجرات آية: ١١].
 قوله: ﴿وَالْعِزَّةُ: هُمُ الْعَشِيرَةُ﴾.
 هذا المذهب. قدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم.
 وصححه الناظم. وقاله القاضى، وغيره.
 قال المصنف فى الكافى^(٢)، والشارح «العزّة» العشيرة الأدنون فى عرف الناس،
 وولد الذكور والإناث، وإن سفلوا. صححاه.
 قال فى الوجيز: «العزّة» تختص العشيرة، والولد.
 وقيل: «العزّة» الذرية. وقدمه فى النظم. واختاره المجد^(٣).

(١) ذكره صاحب الشرح فقال (لأن قوم الرجل قبيلته وهم نسباؤه) الشرح (٢٣١/٦).

(٢) ذكره المصنف فى الكافى فقال: (وإن وقف على عزته فهم عشيرته وولده) الكافى (٢٨/٢).

(٣) ذكره فى المحرر فقال (وقيل عشيرته ومواليه يتناول المولى) المحرر (٢٨٢/١).

وقيل: هي العشيرة الأدنون.

وقيل: ولده. وقيل: ولده وولد ولده.

وقيل: ذور قرابته. اختاره ابن أبي موسى.

قال في الهداية: إذا أوصى لعزته. فقد توقف الإمام أحمد رحمه الله.

فيحتمل: ان يدخل في ذلك عشيرته وأولاده.

ويحتمل: أن يختص من كان من ولده.

فائدة: «العشيرة» هي القبيلة. قاله الجوهري.

وقال القاضي عياض: هي أهله الأدنون. وهم بنو أبيه.

قوله: ﴿وَذَوُو رَحْمِهِ كُلُّ قَرَابَةٍ لَهُ مِنْ جِهَةِ الْآبَاءِ وَالْأُمَّهَاتِ﴾.

هذا المذهب. جزم به في الشرح^(١)، والوجيز، والفائق، الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة. وغيرهم.

قال في الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير: وهم قرابته لأبويه وولده.

وقال في الفروع، والرعاية الكبرى: هم قرابة أبويه، أو ولده، بزيادة ألف.

وقال القاضي: إذا قال «رحمى» أو «لأرحامى» أو «لنسبائى» أو «لننسبى» صرف إلى قرابته من قبل أبيه وأمه. ويتعدى ولد الأب الخامس.

قال المصنف، والشارح: فعلى هذا: يصرف إلى كل من يرث بفرض أو تعصيب، أو بالرحم، فى حال من الأحوال.

ونقل صالح: يختص من يصله من أهل أبيه وأمه، ولو جاوز أربعة آباء.

قوله: ﴿وَالْأَيَامَى وَالْعُزَابُ مِنَ الْأَزْوَاجِ لَهُ مِنَ الرُّجَالِ وَالنِّسَاءِ﴾.

هذا المذهب. عليه جماهير الأصحاب.

قال الشارح: ذكره أصحابنا.

وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى الفروع، وغيره.

(١) قطع به صاحب الشرح فقال (قال القاضي ينصرف إلى قرابته من جهة أبيه وأمه ويتعدى ولد الأب الخامس) الشرح (٦ / ٢٣٢).

﴿وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَخْتَصَّ الْأَيَّامِيَّ بِالنِّسَاءِ وَالْعُرَّابُ بِالرِّجَالِ﴾.

قال الشارح: وهذا أولى. واختاره في المغنى^(١).

وقال في التبصرة «الأيامي» النساء البلغ.

قال القاضي، في التعليق: الصغير لا يسمى أيماً عرفاً. وإنما ذلك صفة للبالغ.

قوله: ﴿فَأَمَّا الْأَرَامِلُ: فَهِنَّ النِّسَاءُ اللَّائِي فَارَقَهُنَّ أَزْوَاجُهُنَّ﴾.

هذا المذهب. جزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في المحرر^(٢)، والفروع، والفائق، والنظم، وغيرهم.

واختاره القاضي، وغيره.

قال الحارثي: هذا المذهب.

وقيل: هو الرجال والنساء. واختاره ابن عقيل.

قال ابن الجوزي، في اللغة: رجل أرمل، وامرأة أرملة.

وقال القاضي في التعليق: الصغيرة لا تسمى أرملة عرفاً. وإنما ذلك للبالغ. كما قال في الأيم.

فائدتان

إحدهما: «البكر، والثيب، والعانس» يشمل الذكر والأنثى. وكذا «إخوته وعمومته» يشمل الذكر والأنثى.

وقال في الفروع: ويتوجه: وتناوله لبعيد، كولد ولد.

قال ابن الجوزي: يقال في اللغة: رجل أيم، وامرأة أيم، ورجل بكر، وامرأة بكر، إذا لم يتزوجا. ورجل ثيب، وامرأة ثيبة: إذا كانا قد تزوجا. انتهى.

وأما «الثيوبة» فزوال البكارة. قاله المصنف^(٣)، ومن تبعه، وأطلق.

وقال ابن عقيل: زوال البكارة بزوجية، من رجل وامرأة.

(١) ذكره المصنف في المغنى فقال (ويحتمل أن يختص العزب بالرجال لأنه في العرق كذلك والثيب والبكر يشترك فيه الرجل والمرأة) المغنى (٦ / ٤٧٣).

(٢) ذكره الجوزي في المحرر مقدماً فقال (والأرامل: النساء اللاتي فارقهن الأزواج. نص عليه) المحرر (١ / ٣٨٢).

(٣) ذكره المصنف بنصه وعمامه في المغنى. المغنى (٦ / ٤٧٣).

٨٦ كتاب الوقف

الثانية: «الرهط» مادون العشرة من الرجال خاصة، لغة.
 وذكر ابن الجوزي: أن «الرهط» ما بين الثلاثة، والعشرة.
 وكذا قال في «النفر» أنه ما بين الثلاثة والعشرة.
 وتقدم ذكر «النفر» في الفوات والإحصار، فيما إذا وقف نفر.
 قوله: ﴿وَإِنْ وَقَفَ عَلَى أَهْلِ قَرْيَةٍ أَوْ قَرَاتِيَةٍ﴾ وكذا لو وصى لهم: ﴿لَمْ يَدْخُلْ فِيهِمْ مَنْ يُخَالِفُ دِينَهُ﴾.

وكذا لو وقف على إخوته ونحوهم: لَمْ يَدْخُلْ فِيهِمْ مَنْ يُخَالِفُ دِينَهُ.
 وهذا المذهب في ذلك كله. جزم به في الوجيز.
 وقدمه في الشرح^(١)، والفروع، والرعايتين، والحاوي الصغير، والنظم.
 وفيه وجه آخر: أَنَّ الْمُسْلِمَ يَدْخُلُ، وَإِنْ كَانَ الْوَاقِفُ كَافِرًا، وَلَا عَكْسَ. وَأُطْلِقَهُمَا
 فِي الْمَحَرَّرِ^(٢)، وَالْفَائِقِ.

تنبيهان

أحدهما: محل الخلاف: إذا لم توجد قرينة قولية، أو حالية.
 فإن وجدت دخولوا، مثل: أن يكون في القرية إلا مسلمون. أو لا يكون فيها إلا
 كافر واحد، وباقي أهلها مسلمون. قاله الأصحاب.
 قال في الفائق: ولو كان أكثر أقاربه كفاراً: اختص المسلمون في أحد الوجهين.
 وقال في القاعدة السادسة والعشرين بعد المائة: لو وقف المسلم على قرابته، أو
 أهل قرابته، أو أوصى لهم - وفيهم مسلمون وكفار: لم يتناول الكفار حتى يصرح
 بدخولهم. نص عليه في رواية حرب، وأبى طالب.
 ولو كان فيهم مسلم واحد، والباقي كفار: ففي الاقتصار عليه وجهان. لأن حمل
 اللفظ العام على واحد بعيد جداً. انتهى.
 قلت: الصواب الدخول في هذه الصورة.

(١) ذكره صاحب الشرح مقدماً فقال (فهو للمسلمين خاصة ولا شيء للكفار لأن الله تعالى قال
 (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ) فلم يدخل فيه الكفار إذا كان الميت مسلماً وإذا لم يدخلوا في لفظ القرآن
 مع عمومهم لم يدخلوا في لفظ الواقف) الشرح (٦ / ٢٣٥).

(٢) ذكر الإطلاق صاحب المحرر فقال (وإن كان الموصي كافراً فهل يتناول مسلمهم أعلى وجهين) المحرر
 (١ / ٣٨٣).

كتاب الوقف ٨٧

قال الزركشي: ومال إليه أبو محمد.

الثاني: شمل قوله «لم يدخل فيهم من يخلف دينه» لو كان فيهم كافر على غير دين الواقف الكافر: فلا يدخل. ولا يستحق شيئاً. ولو قلنا: بدخول المسلم إذا كان الواقف كافراً. وهو كذلك.

قدمه في المغنى^(١)، والشرح^(٢).

ويحتمل أن يدخل، بناء على توريث الكفار بعضهم من بعض مع اختلاف دينهم. قاله المصنف، والشارح.

وجعله في الفروع: محل وفاق. على القول بأن بعضهم يرث بعضاً.

قوله: ﴿وَإِنْ وَقَفَ عَلَى مَوَالِيهِ، وَلَهُ مَوَالٍ مِنْ فَوْقٍ، وَمَوَالٍ مِنْ أَسْفَلٍ: تَسَاوَلَ جَمِيعُهُمْ﴾.

هذا الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. اختاره المصنف^(٣) وغيره.

وصححه في الفائق، وغيره.

وجزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في الفروع، وغيره.

وقال ابن حامد: يختص الموالى من فوق. وهم معتقوه.

واختار الحارثي: أنه للتعليق. قال: لأن العادة جارية بإحسان المعتقين إلى العتقاء.

فائدتان

إحدهما: لو عدم الموالى: كان لموالى العصبية.

قدمه في الفائق، والحاوي الصغير.

وقال الشريف أبو جعفر: يكون لموالى أبيه. واقتصر عليه الشارح.

وقيل: لعصبية مواليه. قدمه في الرايتين.

وقيل: لو ارثه بولاء.

(١) ذكره بنصه وتماه في المغنى (٦ / ٥٣٤).

(٢) ذكره بنصه وتماه في الشرح (٦ / ٢٣٥).

(٣) ذكره المصنف في الكافي فقال (وإن وقف على مواليه وله موال من فوق وموال من أسفل فهو

لجميعهم، لأن الاسم يشملهم حقيقة) الكافي (٢ / ٢٥٨).

وقيل: كمنقطع الآخر.

قطع به فى الرعاية بعد عصبه الموالى.

وأطلق الثلاثة الأخيرة فى الفروع.

الثانية: لاشئ لموالى عصبته، إلا مع مواليه. قاله فى الفروع.

قال المصنف، والشارح: لو كان له موالى أب حين الوقف، ثم انقرض مواليه: لم يكن لموالى الأب شئ.

فوائد

الأولى: «العلماء» هم حملة الشرع. على الصحيح من المذهب.

حزم به فى الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، والفائق، وغيرهم.

وقدمه فى الرعاية الكبرى، والفروع، والحاثرى، وغيرهم.

وقيل من تفسير، وحديث، وفقه. ولو كانوا أغنياء، على القولين.

لكن هل يختص به من كان يصله؟ حكمه حكم قرابته. على ماتقدم.

الثانية: أهل الحديث: من عرفه.

وذكر ابن رزين أن الفقهاء، والمتفقهة، كالعلماء. ولو حفظ أربعين حديثاً لا بمجرد السماع.

فأهل القرآن الآن: حفاظه. وفى الصدر الأول: هم الفقهاء.

الثالثة: «الصبى والغلام» من لم يبلغ، وكذا «اليتيم» من لم يبلغ وهو بلا أب.

ولو جهل بقاء أبيه، فالأصل: بقاؤه فى ظاهر كلام الأصحاب. قاله فى الفروع.

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: يعطى من ليس له أب يعرف ببلاد الإسلام.

قال: ولا يعطى كافر.

قال فى الفروع: فدل أنه لا يعطى من وقف عام.

وهو ظاهر كلامهم فى مواضع.

قال: ويتوجه وجه: وليس ولد الزنا يتيماً. لأن اليتيم انكسار يدخل على القلب

بفقد الأب.

قال الإمام أحمد - رحمه الله - فيمن بلغ خرج عن حد اليتيم.

كتاب الوقف ٨٩

الرابعة: «الشاب، والفتى» هما من البلوغ إلى الثلاثين. على الصحيح من المذهب. وقيل: إلى خمس وثلاثين. و«الكهل» من حد الشاب إلى خمسين. و «الشيخ» منها إلى السبعين. على الصحيح من المذهب. قدمه في الفروع. وحزم به في الرعاية الكبرى. وقال في الكافي: إلى آخر العمر. وهو ظاهر كلامه في الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، والفائق. فإنهم قالوا: ثم الشيخ بعد الخمسين. قال الحارثي: لا يزال كهلاً حتى يبلغ خمسين سنة. ثم هو شيخ حتى يموت. واقتصر عليه. فعلى المذهب: يكون «المهرم» منها إلى الموت. الخامسة: «أبواب البر» وهى القرب كلها. على الصحيح من المذهب. وأفضلها الغزو. ويبدأ به. نص عليه ^(١). قال في الفروع: ويتوجه: يبدأ بما تقدم فى أفضل الأعمال. يعنى الذى تقدم فى أول صلاة التطوع. ويأتى فى باب الموصى له «إذا أوصى فى أبواب البر» فى كلام المصنف، والكلام عليه مستوفى. السادسة: لو وقف على سبيل الخير: استحق من أخذ من الزكاة. ذكره فى المجرّد. وقدمه فى الفروع. وقال أبو الوفاء: يعم. فيدخل فيه الغارم للإصلاح. قال القاضى، وابن عقيل: يجوز لغنى قريب. السابعة: «جمع المذكر السالم» و «ضميره» يشمل الأنثى. على الصحيح من المذهب. قدمه فى الفروع وغيره. وعليه أكثر الأصحاب. وقد ذكرها أصحابنا فى أصول الفقه. ونصروا: أن النساء يدخلن تبعاً.

(١) ذكره المصنف فى باب الجهاد وتقل رواية الإمام أحمد وذكر أنه قال (لا تعلم شيئاً من أبواب البر أفضل من السبيل) المغنى (١٠ / ٣٦٨).

٩٠ كتاب الوقف

وقيل: لا يشملها، كعكسه لا يشمل الذكر.

الثامنة: «الأشراف» وهم أهل بيت النبي ﷺ. ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله، واقتصر عليه فى الفروع.

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله: أهل العراق كانوا لا يسمون شريفاً إلا من كان من بنى العباس. وكثير من أهل الشام وغيرهم: لا يسمونه إلا إذا كان علوياً.

قال: ولم يعلق عليه الشارع حكماً فى الكتاب والسنة، ليتلقى حده من جهته.

و«الشريف» فى اللغة: خلاف الوضع والضعيف. وهو الرئاسة، والسلطان ولما كان أهل بيت النبي ﷺ: أحق البيوت بالتشريف، صار من كان من أهل البيت شريفاً.

التاسعة: لو وقف على بنى هاشم أو وصى لهم: لم تدخل مواليتهم. نص عليه، فى رواية ابن منصور، وحنبل.

قال القاضى فى الخلاف: لأن الوصية يعتبر فيها لفظ الموصى، ولفظ صاحب الشريعة يعتبر فيه المعنى.

ولهذا: لو حلف «لا أكلت سكرأ لأنه حلو» لم يعم غيره من الحلوات.

وكذا لو قال «عبدى حر لأنه أسود» لم يعتق غيره من العبيد. ولو قال الله «حرمت المسكر. لأنه حلو» عم جميع الحلوات. وكذا إذا قال «أعتق عبدك لأنه أسود» عم. انتهى.

وقد تقدم فى آخر إخراج الزكاة: أنه لا يجوز أخذها لموالى بنى هاشم.

والظاهر: أن العلة ما قاله القاضى هنا.

قوله: ﴿وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جَمَاعَةٍ يُمَكِّنُ حَصْرَهُمْ وَاسْتِيعَابَهُمْ: وَجَبَ تَغْيِيمُهُمْ وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ﴾.

هذا المذهب^(١). وعليه الأصحاب. وقطعوا به.

وقال فى الفائق: ويحتمل جواز المفاضلة فيما يقصد به تمييز. كالوقف على الفقهاء.

(١) ذكره المصنف فى المغنى [قال وضابط هذا أنه متى كان الوقف على من يمكن حصرهم واستيعابهم والتسوية بينهم إذا لم يفضل الواقف بعضهم على بعض] المغنى (٦ / ٢١٢). والشرح (٦ / ٢٣٨) الكافى (٢ / ٢٥٧) العمدة (٢٨٣).

كتاب الوقف ٩١

قلت: وهذا أقرب إلى الصواب.

وعنه: إن وصى فى سيكته، وهم أهل ذرّبه: جاز التفضيل لحجة.
قال الحارثي: والأولى جواز التفضيل للحاجة، فيما قصد به سدُّ الخَلَّة. كالموقوف على فقراء أهله. انتهى.

قال ابن عقيل: وقياسه الاكتفاء بواحد.

وعنه: - فيمن أوصى فى فقراء مكة - ينظر أحوجهم.

وتقدم كلام الشيخ تقي الدين رحمه الله: إذا وقف على مدارس وفقهاء: هل يسوى بينهم، أو يتفاضلون؟ فى أحكام الناظر.

تنبيه: الذى يظهر أن محل هذا: إذا لم يكن قرينة. فإن كان قرينة: جاز التفاضل. بلا نزاع. ولها نظائر. تقدم حكمها.

فائدة: لو كان الوقف فى ابتدائه على من يمكن استيعابه، فصار مما لا يمكن استيعابه - كوقف على رضى الله عنه على ولده ونسله - فإنه يجب تعميم من أمكن منهم، والتسوية بينهم. قاله المصنف^(١)، الشارح، وغيرهما.

قوله: ﴿وَالْأَجْزَاءُ تَفْضِيلُ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ، وَالْاِقْتِصَارُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ﴾.

يعنى: إذا لم يمكن حصرهم واستيعابهم. كما لو وقف على أصناف الزكاة، أو على الفقراء والمساكين، ونحو ذلك.

فالصحيح من المذهب: جواز الاقتصار على واحد، كما جزم به المصنف^(٢). وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

وجزم به الوجيز. وقدمه فى الفروع، وغيره.

﴿وَيَحْتَمِلُ الْأَيْجُزِيهِ أَقْلٌ مِنْ ثَلَاثَةٍ﴾.

وهو وجه فى الهداية وغيرها، بناء على قولنا فى الزكاة. وأطلقهما فى المحرر^(٣).

وقيل: فى أجزاء الواحد روايتان.

(١) ذكره المصنف فى المغنى بنصه وتماه ثم قال (فإنه يجب تعميم من أمكن منهم والتسوية بينهم لأن التعميم كان واجبا وكذلك التسوية فإذا تعذر وجب منه ما أمكن) المغنى (٦ / ٢١٢).

(٢) جزم به المصنف فى المغنى فقال (جاز الدفع إلى واحد وإلى أكثر منه وجاز التفضيل والتسوية لأن وقفه عليهم مع علمه يتعذر استيعابهم دليل على أنه لم يردّه) المغنى (٦ / ٢١٢).

(٣) ذكر فى المحرر الإطلاق فقال (وإذا أمكن حصر أهل الوقف وجب استيعابهم وإن لم يمكن فله أن يقتصر على ثلاثة وما دونها على وجهين) المحرر (١ / ٣٧٠).

فائدتان

إحدهما: لو وقف على أصناف الزكاة، أو على الفقراء والمساكين: جاز الاقتصار على صنف منهم. على الصحيح من المذهب.

وقدمه في الفروع، والرعاية الكبرى - ذكره في الوصية - والمغنى^(١)، والشرح^(٢)، في المسألة الثانية.

وقالا في الثانية: لا بد من الصرف إلى الفريقين كليهما.

قال الحارثي: قياس المذهب - عند القاضي، وابن عقيل - جواز الاقتصار على أحد الصنفين من الفقراء والمساكين. وقطع به في التلخيص.

وعند المصنف: يجب الجمع. وحكى عن القاضي.

وقيل: يجزئ الاقتصار على صنف، بناء على الزكاة.

قال القاضي في الخلاف: هذا ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله.

وقيل: لكل صنف منهم الثمن. وأطلقهما في الفائق.

الثانية: لو وقف على الفقراء، أو على المساكين فقط: جاز إعطاء الصنف الآخر على الصحيح من المذهب. قدمه في الفروع وغيره.

وجزم به في الرعايتين، والحاوي الصغير.

وفيه وجه آخر: لا يجوز. ذكره القاضي. ويأتي ذلك أيضاً في باب الموصى له.

ولو افتقر الواقف: استحق من الوقف. على الصحيح من المذهب. قال في الفروع: شمله في الأصح.

قال في القواعد: نص عليه في رواية المروذي.

وقيل: لا يشمل. فلا يستحق شيئاً منه.

وتقدم ذلك في أول الباب قبيل قوله «الثالث: أن يقف على معين يملك».

قوله: ﴿وَلَا يَدْفَعُ إِلَى وَاحِدٍ أَكْثَرَ مِنْ الْقَدْرِ الَّذِي يُدْفَعُ إِلَيْهِ مِنَ الزَّكَاةِ، إِذَا كَانَ الْوَقْفُ عَلَى صِنْفٍ مِنْ أَصْنَافِ الزَّكَاةِ﴾.

(١) ذكره المصنف في المغنى بنصه (٦ / ٢١٢).

(٢) ذكره في الشرح على أحد الوجهين مقدماً. الشرح (٦ / ٢٤٠).

كتاب الوقف ٩٣

وهو المذهب. نص عليه. قدمه في المغنى^(١)، الشرح^(٢)، والفروع.
واختار أبو الخطاب في الهداية، وابن عقيل: زيادة المسكين والفقير على حمسين
درهماً. وإن منعناه منها في الزكاة.

قوله: ﴿وَالْوَصِيَّةُ كَالْوَقْفِ فِي هَذَا الْفَصْلِ﴾.

هذا صحيح^(٣)، لكن الوصية أعم من الوقف، على ما يأتى.
واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله - فيما إذا وقف على أقرب قرابته - استواء
الأخ من الأب والأخ من الأبوين.
ذكره في القاعدة العشرين بعد المائة.

وذكر في القاعدة الثالثة والخمسين بعد المائة: أن الشيخ تقي الدين رحمه الله
اختار - فيما إذا وقف على ولده - دخول ولد الولد في الوقف دون الوصية. وفرق
بينهما.

وتقدم كلام ناظم المفردات: إذا أوصى لقرابته.

قوله: ﴿وَالْوَقْفُ عَقْدٌ لَا زَمَ. لَا يَجُوزُ فُسْخُحُهُ بِإِقَالَةٍ وَلَا غَيْرِهَا﴾.

هذا المذهب^(٤). وعليه الأصحاب.

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: إذا وقف في صحته، ثم ظهر دين. فهل يباع
لوفاء الدين؟.

قال جامع اختياراته، وظاهر كلام أبي العباس: ولو كان الدين حادثاً بعد الموت.
انتهى.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: وليس هذا بأبلغ من التدبير. وقد ثبت أنه عليه
أفضل الصلاة والسلام بآءه في الدين.

(١) ذكره المصنف في المغنى فقال (وإن وقف على الأصناف الثمانية الذين يأخذون الصدقات صرف
إليهم ويعطى كل واحد منهم من الوقف مثل القدر الذى من الزكاة لا يزداد على ذلك فيعطى الفقير
والمسكين ما يتم به غناؤه والغارم قدر ما يقتضى غرمه) المغنى (٦ / ٢١٣).

(٢) ذكره أيضاً في الشرح كما في المغنى الشرح (٦ / ٢٣٩).

(٣) ذكره صاحب الشرح فقال (لأن مبناهما على لفظ الموصى أشبهت الوقف) الشرح (٦ / ٢٤٠) والمحرر
(١ / ٣٨٣).

(٤) ذكره صاحب الشرح فقال (لأنه تبرع بمنع البيع والهبة والميراث فلزم بمجرده كالعق) الشرح (٦ /
٢٤٠) والمحرر (١ / ٣٧٠) المغنى (٦ / ١٨٨) الكافي (٢ / ٢٥٤).

٩٤ كتاب الوقف

وتقدم «إذا وقف بعد موته، وصححناه: هل يقع لازماً. فلا يجوز بيعه، أو يقع لازماً. ويجوز بيعه؟» فليعاود.

فائدة: ظاهر كلام المصنف: أن الوقف يلزم بمجرد القول. وهذا المذهب^(١). وعليه جماهير الأصحاب.

وعنه: لا يلزم إلا بالقبض، وإخراج الوقف عن يده.

واختاره أبو بكر، وابن أبي موسى، والحرثي.

وتقدم الكلام على ذلك عند قول المصنف «ولا يشترط إخراج الوقف عن يده في إحدى الروايتين» فليعاود.

قوله: «وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ إِلَّا أَنْ تَتَّعِطَ مَنَافِعُهُ. فَبَيْعُهُ وَيُصْرَفُ ثَمَنُهُ فِي مِثْلِهِ. وَكَذَلِكَ الْفَرَسُ الْحَبِيسُ، إِذَا لَمْ يَصْلَحْ لِلْعَزْوِ: يَبْعُ وَاشْتَرَى بِثَمَنِهِ مَا يَصْلَحُ لِلْجِهَادِ، وَكَذَلِكَ الْمَسْجِدُ إِذَا لَمْ يُنْتَفَعْ بِهِ فِي مَوْضِعِهِ وَعَنْهُ: لَا تُبَاعُ الْمَسَاجِدُ. لَكِنْ تُنْقَلُ أَلْتَهَا إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ. وَيَجُوزُ بَيْعُ آلَتِهِ وَصَرْفُهَا فِي عِمَارَتِهِ».

اعلم أن الوقف لا يخلو: إما أن تتعطل منافعه أو لا.

فإن لم تتعطل منافعه: لم يجوز بيعه، ولا المناقلة به مطلقاً. نص^(٢) عليه في رواية على بن سعيد. قال: لا يستبدل به ولا يبيعه، إلا أن يكون بحال لا ينتفع به.

ونقل أبو طالب: لا يغير عن حاله. ولا يساع، إلا أن لا ينتفع منه بشيء. وعليه الأصحاب.

وجوز الشيخ تقي الدين رحمه الله ذلك لمصلحة. قال: هو قياس الهدى. وذكره وجهاً في المناقلة.

وأوماً إليه الإمام أحمد رحمه الله.

ونقل صالح: يجوز نقل المسجد لمصلحة الناس. وهو من المفردات.

(١) ذكره المصنف في المغنى فقال (ظاهر المذهب أنه يلزم بمجرد اللفظ لأن الوقف يحصل به لأنه تبرع بمنع البيع والهبة والميراث فلزم بمجرد كالتق) المغنى (٦ / ١٨٨) والشرح (٦ / ٢٤٠) والكافي (٢ / ٢٥٤) والمحرم (١ / ٣٧٠).

(٢) ذكره صاحب الشرح فقال (وحمله ذلك أنه لا يجوز بيع الوقف ولا هبته فقول النبي ﷺ في حديث عمر «غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث») الشرح (٦ / ٢٤٢) المحرم (١ / ٣٧٠) المغنى (٦ / ٢٢٥) العمدة (٢٨٢).

كتاب الوقف ٩٥

واختاره صاحب الفائق. وحكم به نائباً عن القاضى جمال الدين المسلاتى.
فعارضه القاضى جمال المرداوى - صاحب الانتصار - وقال: حكمه باطل على
قواعد المذهب. وصنف فى ذلك مصنفاً رد فيه على الحاكم. سماه «الواضح الجلى فى
نقض حكم ابن قاضى الجبل الحنبلى» ووافقه صاحب الفروع على ذلك.
وصنف صاحب الفائق مصنفاً فى جواز المناقلة للمصلحة. سماه «المناقلة بالأوقاف
وما فى ذلك من النزاع والخلاف» وأجاد فيه.
ووافقه على جوازها الشيخ برهان الدين بن القيم، والشيخ عز الدين حمزة بن شيخ
السلامية. وصنف فيه مصنفاً سماه «رفع المناقلة فى منع المناقلة».
ووافقه أيضاً جماعة فى عصره.
وكلهم تبع للشيخ تقى الدين رحمه الله فى ذلك.
وأطلق فى القاعدة الثالثة والأربعين بعد المائة فى جواز إبدال الوقف مع عمارته:
روايتين.

فائدة: نص الإمام أحمد رحمه الله على جواز تجديد بناء المسجد لمصلحة.
وعنه: يجوز برضى جيرانه.
وعنه: يجوز شراء دور مكة لمصلحة عامة.
قال فى الفروع: فيتوجه هنا مثله.
قال الشيخ تقى الدين رحمه الله: جوز جمهور العلماء تغيير صورته لمصلحة،
كجعل الدور حوانيت، والحكورة المشهورة. فلا فرق بين بناء وبناء وعرضة بعرضة.
هذا صريح لفظه.
وقال أيضاً - فىمن وقف كروماً على الفقراء يحصل على جيرانها به ضرر - يعوض
عنه بما لا يضر فيه على الجيران. ويعود الأول ملكاً، والثانى وقفاً. انتهى.
ويجوز نقض منارته، وجعلها فى حائطه. نص عليه.
ونقل أبو داود - وقد سئل عن مسجد فيه خشبتان، ولهما ثمن، تشعث، وخافوا
سقوطه - أبيعان وينفقان على المسجد، ويدل مكانهما جذعين؟ قال: ما أرى به
بأساً. انتهى.

وأما إذا تعطلت منافعه: فالصحيح من المذهب: أنه يباع والحالة هذه. وعليه
جماهير الأصحاب^(١). وقطع به كثير منهم. وهو من مفردات المذهب.

(١) ذكره المصنف فى المغنى فقال (وإن لم يكن الاتفاح بشيء منه بيع جميعه) المغنى (٦ / ٣٢٥) الشرح-

٩٦ كتاب الوقف

وعنه: لا تباع المساجد. لكن تنقل آلاتها إلى مسجد آخر.
اختاره أبو محمد الجوزي، والحرثي، وقال: هو ظاهر كلام ابن أبي موسى.
وعنه: لا تباع المساجد ولا غيرها. لكن تنقل آلاتها.
نقل جعفر - فيمن جعل خاناً للسبيل، وبني بجانبه مسجداً. فضايق المسجد - أيزاد
منه المسجد؟ قال: لا.

قيل: فإنه إن ترك ليس ينزل فيه أحد، قد عطل؟ قال: يترك على ما صير له.
واختار هذه الرواية الشريف، وأبو الخطاب. قاله في الفروع.
قال الزركشي: وحكى في التلخيص عن أبي الخطاب: لا يجوز بيع الوقف مطلقاً.
وهو غريب، لا يعرف في كتبه. انتهى.
ذكره في التلخيص عنه كتاب البيع. وحكاها عنه قبل صاحب التلخيص تلميذ أبي
الخطاب، وهو الحلواني في كتابه.

قلت: وظاهر كلام أبي الخطاب في الهداية، في كتاب البيع: عدم الجواز. فإنه
قال: ولا يجوز بيع الوقف، إلا أن أصحابنا قالوا: إذا خرب، أو كان فرساً ففعلت:
جاز بيعه وصرف ثمنه في مثله. انتهى.

وكلامه في الهداية في كتاب الوقف: صريح بالصحة.
واختار أيضاً هذه الرواية ابن عقيل. وصنف فيها جزءاً. حكاها عنه ابن رجب في
طبقاته.

واختار أيضاً هذه الرواية - وهي عدم البيع - الشريف أبو جعفر، وأبو الخطاب،
وابن عقيل.

تنبيه: فعلى المذهب: المراد بتعطيل منافعه: المنافع المقصودة، بخراب أو غيره، ولو
بضييق المسجد عن أهله. نص عليه.

أو بخراب محلته. ونقله عبد الله. وهذا هو المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. وقدمه
في الفروع.

ونقل جماعة: لا يباع إلا أن ينتفع منه بشيء أصلاً، بحيث لا يرد شيئاً.

قال المصنف في الكافي: كل وقف خرب ولم يرد شيئاً بيع.

وقال في المغني^(١) ومن تابعه: لا يباع إلا أن يقل ريعه، فلا يُعَدُّ نفعاً.

وقيل: أو يتعطل أكثر نفعه. نقله منها في فرس كبر وضعف، أو ذهب عينه.

= (٦ / ٢٤٢) والمحرر (١ / ٣٧٠) العمدة (٢٨٢).

(١) ذكره المصنف بتصه في المغني. المغني (٦ / ٢٢٥) وتبعه في ذلك صاحب الشرح (٦ / ٢٤٢).

كتاب الوقف ٩٧

فقلت له: دار، أو ضيعة ضعف أهلها أن يقوموا عليها؟ قال: لا بأس ببيعها إذا كان أنفع لمن ينفق عليه منها.

وقيل: أو خيف تعطل نفعه قريباً. جزم به في الرعاية.

قلت: وهو قوى جداً إذا غلب على ظنه ذلك.

وقيل: أو خيف تعطل أكثر نفعه قريباً.

سأله الميموني: يباع إذا عطب أو فسد؟ قال: أي والله، يباع. إذا كان يخاف عليه التلف والفساد والنقص، باعوه وردوه في مثله.

وسأله الشالنجي: إن أخذ من الوقف شيئاً. فعُتق في يده وتغير عن حاله؟

قال: يحول إلى مثله.

وكذا قال في التلخيص، والترغيب، والبلغة: لو أشرف على كسر أو هدم، وعلم أنه إن أجر لم ينتفع به: يبيع.

قلت: وهذا مما لا شك فيه.

قال في الفروع: وقولهم «بيع» أي يجوز بيعه. نقله جماعة. وذكره جماعة.

قال في الفروع: ويتوجه إنما قالوه: الاستثناء مما لا يجوز بيعه، وإنما يجب. لأن الولي يلزمه فعل المصلحة. وهو ظاهر رواية الميموني وغيرها.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: يجب بيعه بمثله مع الحاجة وبلا حاجة يجوز بخير منه. لظهور المصلحة. ولا يجوز بمثله. لفوات التعيين بلا حاجة.

قال في الفائق: وبيعه حالة تعطله أمر جائز عند البعض.

وظاهر كلامه في المغنى^(١)، وجوبه.

وكذلك إطلاق كلام الإمام أحمد رحمه الله.

وذكره في التلخيص رعاية للأصلح. انتهى.

فوائد

الأولى: قال المصنف^(٢)، ومن تابعه: ولو أمكن بيع بعضه ليعمر به بقيته: بيع، وإلا

بيع جميعه.

(١) قطع به المصنف في المغنى وهو ظاهر كلامه أنه واجب. المغنى (٦ / ٢٢٥).

(٢) قطع به المصنف في المغنى (ثم أضاف أحمد إذا كان في المسجد خشبان لها قيمة جاز بيعهما وصرف

تنبهما عليه) المغنى (٦ / ٣٢٥) وتبعه في ذلك صاحب الشرح (٦ / ٢٤٢).

٩٨ كتاب الوقف

قال فى الفروع: ولم أجد ما قاله لأحد قبله.

قال: والمراد مع اتحاد الواقف، كالجبهة. ثم إن أراد عينين - كدارين - فظاهر.
وكذا إن أراد عيناً واحدة، ولم تنقص القيمة بالتشقيص. فإن نقصت توجه البيع
فى قياس المذهب، كبيع وصى لدين، أو حاجة صغير، بل هذا أسهل. لجواز تغيير
صفاته لمصلحة، ويبيعه على قول. انتهى.

وقول صاحب الفروع «المراد مع اتحاد الواقف» ظاهر فى أنه لا يجوز عمارة
وقف من ريع وقف آخر، ولو اتحدتا الجبهة.

وقد أفتى الشيخ عبادة - من أئمة أصحابنا - بجواز عمارة وقف من وقف آخر
على جهته. ذكره ابن رجب فى طبقاته فى ترجمته.

قلت: وهو قوى، بل عمل الناس عليه.

لكن قال شيخنا فى حواشى الفروع: إن كلامه فى الفروع أظهر.

وقال الحارثى: وما عدا المسجد من الأوقاف: يباع بعضه لإصلاح ما بقى.

وقال: يجوز اختصار الآنية إلى أصغر منها إذا تعطلت، وإنفاق الفضل على
الإصلاح. وإن تعذر الاختصار احتمل جعلها نوعاً آخر مما هو أقرب إلى الأول،
واحتمل أن يباع، ويصرف فى آنية مثلها. وهو الأقرب. انتهى.

قلت: وهو الصواب.

الثانية: حيث جوزنا بيع الوقف، فمن يلى بيعه؟

لا يخلو: إما أن يكون الوقف على سبل الخيرات - كالمسجد، والقناطر، والمدارس،
والفقراء والمساكين - ونحو ذلك، أو غير ذلك.

فإن كان على سبل الخيرات ونحوها. فالصحيح من المذهب: أن الذى يلى البيع
الحاكم. وعليه أكثر الأصحاب. وقطعوا به.

منهم: صاحب الرعاية فى كتاب الوقف، والحارثى، والزرخشى فى كتاب
الجهاد. قال: نص عليه.

وقيل: يليه الناظر الخاص عليه إن كان. جزم به فى الرعاية الكبرى فى كتاب
البيع.

قلت: وهو الصواب.

كتاب الوقف ٩٩

وإن كان على غير ذلك، فهل يليه الناظر الخاص، أو الموقوف عليه، أو الحاكم؟
على ثلاثة أقوال.

أحدها: يليه الناظر الخاص. وهو الصحيح.

قال الزركشى: إذا تعطل الوقف. فإن الناظر فيه يبيعه ويشترى بثمنه ما فيه منفعة
ترد على أهل الوقف. نص عليه. وعليه الأصحاب.

قال فى الفائق: ويتولى البيع ناظره الخاص. حكاه غير واحد.

وجزم به فى التلخيص، والمحزر^(١)، فقال: يبيعه الناظر فيه.

قال فى التلخيص: ويكون البائع الإمام أو نائبه. نص عليه.

وكذلك المشتري بثمنه. وهذا إذا لم يكن للوقف ناظر. انتهى.

وقدمه فى النظم، فقال:

وناظره شرعاً يلى عقد بيعه وقيل: إن يعين مالك النفع يعقد

وقدمه فى الرعاية الكبرى، فقال: فلناظره الخاص بيعه. ومع عدمه يفعل ذلك
الموقوف عليه.

قلت: إن قلنا يملكه، وإلا فلا.

وقيل: بل يفعله مطلقاً الإمام أو نائبه. كالوقف على سبل الخيرات. انتهى.

وقدمه الحارثي: وقال: حكاه غير واحد.

القول الثانى: يليه الموقوف عليه. وهو ظاهر ما جزم به فى الهداية.

فقال: فإن تعطلت منفعته. فالموقوف عليه بالخيار بين النفقة عليه، وبين بيعه
وصرف ثمنه فى مثله.

وكذا قال ابن عقيل فى الفصول، وابن البنا فى عقودهم، وابن الجوزى فى
المذهب، ومسبوك الذهب، والسامرى فى المستوعب، وأبو المعلى بن منجا فى
الخلاصة، وابن أبى المجد فى مصنفه.

وقدمه فى الرعاية الصغرى، فقال: وما بطل نفعه فلمن وقف عليه بيعه.

قلت: إن ملكه.

(١) قطع به صاحب المحرر فقال (فإن تلف ولم يوجد ما يعمر به فيبيعه الناظر فيه ويصرف ثمنه فى مثله).

١٠٠ كتاب الوقف

وقيل: بل لناظره بيعه بشرطه. انتهى.

وقدمه فى الحاوى الصغير.

والقول الثالث: يليه الحاكم.

جزم به الحلوانى فى التبصرة، فقال: وإذا خرب الوقف ولم يرد شيئاً، أو خرب المسجد وما حوله، ولم ينتفع به: فلإمام بيعه وصرف ثمنه فى مثله. انتهى.

وقدم هذا فى الفروع.

ونصره شيخنا فى حواشى الفروع. وقواه بأدلة وأقيسة. وعمل الناس عليه.

واختاره الحارثى. وهذا مما خالف المصطلح المتقدم.

فعلى الصحيح^(١) من المذهب: لو عدم الناظر الخاص، فقيل: يليه الحاكم. جزم به فى التلخيص، والحارثى.

وقدمه فى الرعاية الكبرى فى كتاب العدد - وذكره نص الإمام أحمد رحمه الله - وصاحب الفروع. وهذا الصحيح من المذهب.

وقيل: يليه الموقوف عليه مطلقاً.

قدمه فى الرعاية الكبرى أيضاً فى كتاب الوقف. وهو ظاهر ما قطع به الزركشى. وحكاه عن الأصحاب.

وكذا ما حكيناه عنهم. وأطلقهما فى الفائق.

وقيل: يليه الموقوف عليه - إن قلنا: يملكه - وإلا فلا. اختاره فى الرعايتين. جزم به فى الفائق.

قلت: ولعله مراد من أطلق.

تنبيه: تلخص لنا مما تقدم فيمن يلى البيع طرق. لأن الوقف لا يخلو: إما أن يكون على سبل الخيرات أو لا.

فإن كان على سبل الخيرات ونحوه: فللأصحاب فيه طريقان.

أحدهما: يليه الحاكم قولاً واحداً. وهو قول أكثر الأصحاب. منهم صاحب الرعاية الكبرى فى كتاب الوقف.

(١) هو ظاهر كلام المصنف فى المغنى (وتكون الشهاد فى ذلك الإمام) المغنى (٦ / ٢٢٥) والشرح (٦ / ٢٤٢).

- كتاب الوقف ١٠١
- والطريق الثاني: يليه الناظر إن كان، ثم الحاكم. وهى طريقته فى الرعاية الكبرى فى كتاب البيع. وهو الصواب.
- وإن لم يكن الوقف على سبل الخيرات ففيه طرق للأصحاب.
- أحدها: يليه الناظر. قولاً واحداً. وهى طريقة المجد فى محرره^(١)، والزر كشى. وعزاه إلى نص الإمام أحمد، واختيار الأصحاب.
- والطريق الثاني: يليه الموقوف عليه. قولاً واحداً.
- وهو ظاهر ما قطع به فى الهداية، والفصول، وعقود ابن البناء، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، ومصنف بن أبى المجد. كما تقدم.
- الطريق الثالث: يليه الحاكم. قولاً واحداً. وهى طريقة الحلوانى فى التبصرة.
- الطريق الرابع: يليه الناظر الخاص، وإن كان. فإن لم يكن. فإليه الحاكم قولاً واحداً. وهى طريقة التلخيص.
- الطريق الخامس: هل يليه الناظر الخاص - وهو المقدم - أو الموقوف عليه؟ فيه وجهان. وهى طريقة الناظم.
- الطريق السادس: طريقة صاحب الرعاية الصغرى. وهى: هل يليه الموقوف عليه - وهو المقدم - أو إن قلنا: يملكه - واختاره - أو الناظر؟ على ثلاثة أقوال.
- الطريق السابع: هل يليه الموقوف عليه - وهو المقدم - أو الناظر؟ فيه وجهان. وهى طريقته فى الحاوى الصغير.
- الطريق الثامن: طريقته فى الرعاية الكبرى. وهى: هل يليه الناظر الخاص، إن كان هو المقدم، أو الحاكم؟ حكاه فى كتاب الوقف. فيه قولان.
- وإن لم يكن له ناظر خاص، فهل يليه الحاكم. وهو المقدم فى كتاب البيع؟ وذكره نص الإمام أحمد رحمه الله، أو الموقوف عليه؟ وهو المقدم فى كتاب الوقف. وإن قلنا: يملكه، واختاره؟ على ثلاثة أقوال.
- الطريق التاسع: هل يليه الحاكم مطلقاً - وهو المقدم - أو الموقوف عليه؟ على وجهين. وهى طريقة صاحب الفروع.
- الطريق العاشر: يليه الناظر الخاص، إن كان. فإن لم يكن. فهل يليه الحاكم، أو الموقوف عليه، إن قلنا: يملكه؟ على وجهين مطلقين. وهى طريقة صاحب الفائق.
- (١) قطع به صاحب المحرر قولاً واحداً فقال (فيبيعه الناظر ويصرف ثمنه فى مثله) المحرر (١ / ٣٧٠).

١٠٢ كتاب الوقف

فهذه اثنتا عشر طريقة. اثنتان فيما هو على سبل الخيرات ونحوه. وعشرة في غيره.
الفائدة الثالثة: إذا بيع الوقف واشترى بدله. فهل يصير وقفاً بمجرد الشراء، أم لابد من تحديد وقفية؟ فيه وجهان.

ذكرهما ابن رجب في قواعده عن بعضهم، فيما إذا أُلِف الوقف متلف وأخذت قيمته. فاشترى بها بدله. وأطلقهما.
أحدهما: يصير وقفاً بمجرد الشراء.

قال الحارثي - عند قول المصنف في وطء الأمة الموقوف «إذا أولدها، فعليه القيمة يشترى بها مثلها: يكون وقفاً» - ظاهره: أن البدل يصير وقفاً بنفس الشراء. انتهى.
قلت: وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب هنا. لاقتصارهم على بيعه وشراء بدله.

وصرح به التلخيص، فقال - في كتاب البيع: ويصرف ثمنه في مثله. ويصير وقفاً، كالأول.

وصرح به أيضاً في الرعاية في موضعين، فقال: فلناظره الخاص ببيعته وصرف ثمنه في مثله، أو بعض مثله. ويكون ما اشتراه وقفاً كالأول.
وقال - في أثناء الوقف - فإن وطئ فلا حد، ولا مهر.

ثم قال: وفي أم ولده. تعتق بموته. وتؤخذ قيمتها من تركته. يصرف في مثله. يكون بالشراء وقفاً مكانها. وهذا صريح بلا شك.

وقال الحلواني - في كفاية المبتدئ: وإذا تخرب الوقف، وانعدمت منفعته: بيع واشترى بثمنه ما يرد على أهل الوقف. وكان وقفاً كالأول.

وقال في المبهيح: ويشترى بثمنه ما يكون وقفاً.

قال شيخنا الشيخ تقي الدين بن قنطس البعلبي - في حواشيه على المحرر - الذي يظهر: أنه متى وقع الشراء لجهة الوقف على الوجه الشرعي، ولزم العقد: أنه يصير وقفاً. لأنه كالوكيل في الشراء، والوكيل يقع شراؤه للموكل. فكذا هذا يقع شراؤه للجهة المشتري لها. ولا يكون ذلك إلا وقفاً. انتهى. وهو الصواب.

والوجه الثاني: لابد من تحديد الوقفية. وهو ظاهر كلام الخرقى. فإنه قال: وإذا خرب الوقف ولم يرد شيئاً: بيع واشترى بثمنه ما يرد على أهل الوقف وجعل وقفاً كالأول.

كتاب الوقف ١٠٣

وهو ظاهر كلامه فى المجرّد أيضاً، فإنه قال: بيعت وصرف ثمنها إلى شراء دار. وتجعل وقفاً مكانها.

قال الحارثى: وبه أقول لأن الشراء لا يصلح سبباً لإفادة الوقف. فلا بد للوقف من سبب يفيد. انتهى.

وأما الزركشى، فإنه قال: ومقتضى كلام الخرقي: أنه لا يصير وقفاً بمجرّد الشراء. بل لابد من إيقاف الناظر له. ولم أر المسألة مصرحاً بها.

وقيل: إن فيها وجهين. انتهى.

الفائدة الرابعة: اقتصر المصنف، الشارح، والزركشى، وجماعة، على ظاهر كلام الخرقي: أنه لا يشترط أن يشتري من جنس الوقف الذى يبيع، بل أى شىء اشترى بثمنه مما يرد على أهل الوقف: جاز.

والذى قدمه فى الفروع: أنه يصرفه فى مثله، أو بعض مثله. فقال: ويصرفه فى مثله، أو بعض مثله. قاله الإمام أحمد رحمه الله.

وقاله فى التلخيص وغيره كجهته.

وقدمه الحارثى، وقال: وهو المذهب. كما قال فى الكتاب، ومن عده من الأصحاب.

ونقل أبو داود فى الحبيس: يشتري مثله، أو ينفق ثمنه على الدواب الحبيس.

الخامسة: إذا بيع المسجد واشترى به مكاناً يجعل مسجداً. فالحكم للمسجد الثانى. ويطلق حكم الأول.

السادسة: لا يجوز نقل المسجد مع إمكان عمارته دون العمارة الأولى. قاله فى الفنون. وقال: أفتى جماعة بخلافه، وغلطهم.

السابعة: يجوز رفع المسجد إذا أراد أكثر أهله ذلك، وجعل تحت أسلفه سقاية وحوانيت. فى ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله. وأخذ به القاضى.

قال الزركشى - فى كتاب الجهاد - وقيل: لا يجوز.

وأطلق وجهين فى الفروع.

وقال فى الرعاية الكبرى: فإن أراد أهل مسجد رفعه عن الأرض، وجعل سفله سقاية وحوانيت: روى أكثرهم. نص عليه.

١٠٤ كتاب الوقف

وقيل: هذا في مسجد أراد أهله إنشاءه كذلك. وهو أولى. انتهى.
 واختار هذا ابن حامد. وأول كلام الإمام أحمد رحمه الله عليه.
 وصححه المصنف، والشارح.
 ورد هذا التأويل بعض محققى الأصحاب من وجوه كثيرة. وهو كما قال.
 قوله: ﴿وَمَا فَضَّلَ مِنْ حُصْرِهِ وَزَيْتِهِ عَنْ حَاجَتِهِ: جَازَ صَرْفُهُ إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ،
 وَالصَّدَقَةُ بِهِ عَلَى فَقَرَاءِ الْمُسْلِمِينَ﴾.
 هذا المذهب^(١). نص عليه.
 وحزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة،
 والوجيز، وغيرهم.
 وقدمه فى الفروع. وغيره.
 وعنه: يجوز صرفه فى مثله دون الصدقة به.
 واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله.
 وقال أيضاً: ويجوز صرفه فى سائر المصالح، وبناء مساكن لمستحق ريعه القائم
 بمصلحته.
 قال: وإن علم أن ريعه يفضل عنه دائماً: وجب صرفه. ولا يجوز لغير الناظر
 صرف الفاضل. انتهى.
 وقال فى الفائق: وما فضل من حصر المسجد أو زيتته: ساغ صرفه إلى مسجد
 آخر، والصدقة به على جيرانه. نص عليه.
 وعنه: على الفقراء. وحكى القاضى فى صرفه ومنعه روايتين.
 وكذا الفاضل من جميع ريعه ويصرف فى مسجد آخر.
 ذكره القاضى فى المجرّد.
 قال القاضى أبو الحسين: وهو أصح.
 فائدة: قال الحارثى: فضلة غلة الموقوف على معين: يتعين إرصادها. ذكره القاضى
 أبو الحسين.

(١) قطع به المصنف فى المغنى وروى روايات عنه أحمد فى هذه المسألة وذكر فيها إجماعاً ثم قال هو مال
 الله تعالى لم يبق له مصرف فصرف إلى المساكين كالوقف المنقطع المغنى (٦ / ٢٢٩) الشرح (٦ /
 ٢٤٤) المحرر (١ / ٣٧١).

كتاب الوقف ١٠٥

قال الحارثي: وإنما يتأتى فيما إذا كان الصرف مقدراً. وهو واضح.

قوله: ﴿وَلَا يَجُوزُ غَرْسُ شَجَرَةٍ فِي الْمَسْجِدِ﴾.

هذا المذهب. نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

منهم صاحب الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والمغنى^(١)، الشرح^(٢)، والفائق، وغيرهم.

وقدمه في المستوعب، والفروع، والرعاية الكبرى، وغيرهم.

وذكر في الإرشاد، والمبهبج: أنه يكره.

قال في الرعاية الصغرى: إن غُرست بعد وقفه: قلعت إن ضيقت موضع الصلاة.

قال في الرعاية الكبرى: ويحرم غرسها مطلقاً.

وقيل: إن ضيقت حرم وإلا كره.

فعلى المذهب: تعلق. نص عليه. وجزم به في الفروع، وغيره.

وقال في الرعاية الكبرى، والحاوي الصغير: وإن غُرست بعد وقفه قلعت.

وقيل: إن ضيقت موضع الصلاة وإلا فلا.

وتقدم كلامه في الرعاية الصغرى.

وعلى المذهب أيضاً: يكون ثمراها لمساكين أهل المسجد.

قال في الإرشاد، قال الحارثي: وهو المذهب.

قال: والأقرب حله لغيرهم من المساكين أيضاً.

وقال كثير من الأصحاب: هي لمالك الأرض المغروس بها غصباً. انتهى.

قوله: ﴿فَإِنْ كَانَتْ مَغْرُوسَةً فِيهِ: جَازَ الْأَكْلُ مِنْهَا﴾.

يعنى إذا كانت مغروسة قبل بنائه، أو وقفها معه.

فإذا وقفها معه وعين مصرفها: عمل به. وإن لم يعين مصرفها: كان حكمها

حكم الوقف المنقطع. قدمه في الفروع.

(١) ذكره المصنف في المغنى فقال (نص عليه أحمد، ولأن المسجد لم يبن لهذا وإنما بنى لذكر الله والصلاة وقرأة القرآن ولأن الشجرة تؤذى المسجد وتمنع المصلين من الصلاة في موضعها) المغنى (٦ / ٢٢٨).

(٢) ذكره وقطع به صاحب الشرح كما في المغنى. الشرح (٦ / ٢٤٥).

١٠٦ كتاب الوقف

وقال المصنف هنا: جاز الأكل منها. وهذا منصوص الإمام أحمد رحمه الله. في رواية أبي طالب.

وقدمه في المستوعب، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير.

وقال في الهداية - بعد أن قدم المنصوص - وعندى: أن هذه الرواية محمولة على ما إذا لم يكن بالمسجد حاجة إلى ثمن ذلك. لأن الجيران يعمرونه ويكسونه.

وقطع بما حمله عليه أبو الخطاب في المذهب، والخلاصة، والفائق.

واعلم أن جماعة من الأصحاب قالوا: صرف في مصالحه. وإن استغنى عنها فلجار أكل ثمره.

نص عليه. وجزم به في الفائق، وغيره.

وقال جماعة: إذا استغنى عنها المسجد فلجاره، ولغيره الأكل منها.

وقيل: ويجوز للفقير مطلقاً. قدمه في الرعاية الكبرى. فقال: وثمرها لفقراء الدرب.

وتقدم في آخر الاعتكاف: هل يجوز البيع والشراء في المسجد أم يحرم؟ وهل يصح أو لا؟.

فائدة: يحرم حفر بئر في المسجد. فإن فعل طمّ. نص عليه في رواية المروذى.

وقدمه في الفروع.

وقال في الرعاية الكبرى - في إحياء الموات - لم يكره الإمام أحمد رحمه الله. حفرها فيه.

ثم قال قلت: بلى، إن كره الوضوء فيه. انتهى.

وقال الحارثي - في الغصب: وإن حفر بئراً في المسجد للمصلحة العامة: فعليه ضمان ما تلف بها. لأنه ممنوع منه. إذ المنفعة مستحقة للصلاة. فتعطيلها عدوان.

ونص على المنع من رواية المروذى.

ويحتمل أنه كالحفر في السابلة. لاشتراك المسلمين في كل منهما. فالحفر في أحدهما كالحفر في الأخرى. فتجرى فيه رواية ابن ثواب بعدم الضمان. انتهى.

فائدة: قال في الفروع: وإن بنى أو غرس ناظر في في وقف: توجه أنه له إن أشهد وإلا للوقف. ويتوجه في أجنبى بنى أو غرس: أنه للوقف بنيته.

كتاب الوقف ١٠٧

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: يد الواقف ثابتة على المتصل به، ما لم تأت حجة تدفع موجبها، كمعرفة كون الغارس غرسه بماله بحكم إجارة أو إعاره أو غصب. ويد المستأجر على المنفعة. فليس له دعوى البناء بلا حجة. ويد أهل العرصة المشتركة ثابتة على ما فيها بحكم الاشتراك، إلا مع بينة باختصاصه ببناء ونحوه.

* * *

باب الهبة والعطية^(١)

قوله: ﴿وَهِيَ تَمْلِكُ فِي حَيَاتِهِ بِغَيْرِ عَوْضٍ﴾.

هذا المذهب مطلقاً. عليه الأصحاب.

وقيل: الهبة تقتضي عوضاً.

وقيل: مع عرف.

فلو أعطاه ليعاوضه، أو ليقضى له به حاجة، فلم يف: فكالشرط.

واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله.

قوله: ﴿فَإِنْ شَرَطَ فِيهَا عَوْضاً مَعْلُوماً: صَارَتْ بَيْعاً﴾.

حكمها حكم البيع في ثبوت الخيار، والشفعة وغيرهما. هذا المذهب.

قال الحارثي: قاله القاضي وأصحابه.

وليس منصوباً عنه، ولا عن متقدمي أصحابه.

وجزم به في الوجيز، وغيره.

وصححه في الخلاصة، وتجريد العناية. وقدمه في الشرح^(٢)، والفروع،

والرعايتين، والحاوي الصغير، النظم، والمذهب، والهداية.

(١) تعريف الهبة - (عرفها صاحب الروض المربع لغة: هي من هبوب الريح أى مروره يقال وهبت له شيئاً وهباً. شرعاً: - هي التبرع بتمليك ماله المعلوم الموجود في حياته غيره). الروض المربع (٢ / ٢٤١). وعرفها في المغنى (بأنها تمليك في الحياة بغير عوض) المغنى (٦ / ٢٤٦) وكذلك في الشرح (٦ / ٢٤٦). وفي العمدة (تمليك للمال في الحياة بغير عوض) العمدة (٢٨٣) وفي الكافي (التبرع بتمليك حال في حياته) الكافي (٢ / ٢٥٩).

(٢) ذكره صاحب الشرح مقدماً فقال (لأنها عطية على وجه التبرع فلم تقتض ثواباً كهبة للثل والوصية فإن شرط فيها عوضاً معلوماً صح لأنه تمليك بعوض فصيح). الشرح (٦ / ٢٤٦).

١٠٨ كتاب الوقف

وقيل: هي بيع مع التقابض.

﴿وَعَنْهُ يُغْلَبُ فِيهَا حُكْمُ الْهَبَةِ﴾. ذكرها أبو الخطاب.

قال الحارثي: هذا المذهب. وهو الصحيح. وهو متين جداً.

وقال عن الأول: هو ضعيف جداً. انتهى.

قال القاضي: ليست بيعاً. وإنما الهبة تارة تكون تبرعاً، وتارة تكون بعوض، وكذلك العتق. ولا يخرجان عن موضوعهما.

قال في الفروع: وإن شرطه وكان معلوماً: صحت، كالعارية.

وقيل: بقيمتها بيعاً وعنه: هبة. انتهى.

تنبيه: أفادنا المصنف رحمه الله صحة شرط العوض فيها. وهو صحيح. وهو المذهب.

وقيل: لا تصح مطلقاً.

قوله: ﴿وَإِنْ شَرَطَ ثَوَاباً مَجْهُولاً: لَمْ تَصَحَّ﴾.

يعنى الهبة: وهو المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

منهم: القاضي، وابن البناء، وابن عقيل، والمصنف^(١).

قال في الخلاصة: لم يصح في الأصح.

قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب.

وجزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في الفروع، والشرح^(٢)، والنظم، وغيرهم.

وعنه: أنه قال: يرضيه بشيء فيصح. ذكرها الشيخ تقي الدين رحمه الله ظاهر المذهب.

قال الحارثي: هذا المذهب. نص عليه من رواية ابن الحكم، وإسماعيل بن سعيد. وإليه ميل أبي الخطاب.

(١) قطع به المصنف في المغنى فقال (فأما إن شرط ثواباً مجهولاً لم يصح وفسدت الهبة وحكمها حكم البيع

الفاسد) المغنى (٦ / ٣٠٠). الشرح (٦ / ٢٤٧) الكافي (٢ / ٢٦١).

(٢) قدمه صاحب الشرح فقال (حكمها حكم البيع الفاسد لأنه عوض مجهول في معاوضة فلم يصح

كالبيع) الشرح (٦ / ٢٤٧).

كتاب الوقف ١٠٩
وصحح هذه الرواية فى الرعاية الصغرى. فقال: فإن شرطه مجهولاً: صحت فى الأصح.

قال فى الرعاية الكبرى: وهو أولى.
فعلى هذه الرواية: يرضيه. فإن لم يرض: فله الرجوع فيها. فيُردها بزيادة ونقص.
نص عليه.

﴿فَإِنْ تَلَفَتْ﴾ فقيمتها يوم التلف.

وهذا البناء على هذه الرواية: هو الصحيح. صححه المصنف^(١)، وغيره.
وقيل: يرضيه بقيمة ما وهبه. وأطلقهما فى المذهب.
قال الحارثي: ويحتمل وجهاً بالبناء. وهو ما يعد ثواباً لمثله عادة.
فائدة: لو ادعى شرط العوض، فأنكر المتهب، أو قال: وهبتى هذا قال: بل بعته. ففى أيهما يقبل قوله؟ وجهان.
وأطلقهما فى الفروع، والرعاية الكبرى.

أحدهما: يقبل قول المتهب. وجزم به فى الكافى^(٢) فى المسألة الأولى.
وقدمه الحارثي وصححه، وقال: حكاه فى الكافى، وغير واحد.
والوجه الثانى: القول قول الواهب. وأطلقهما فى التلخيص فى المسألة الأولى.
قوله: ﴿وَتَخَصَّلُ الْهَبَةُ بِمَا يَتَعَارَفُهُ النَّاسُ هَبَةً، مِنْ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ وَالْمُعَاطَةِ الْمُقْتَرَنَةِ بِمَا يَدُلُّ عَلَيْهَا﴾.

هذا المذهب. اختاره ابن عقيل والمجد فى شرح الهداية، وغيرهما.
حتى إن ابن عقيل، وغيره: صححوا الهبة بالمعاطة، ولم يذكروا فيها الخلاف الذى فى بيع المعاطة.

وجزم به فى المحرر^(٣)، والوجيز، والحاوى الصغير، والمنور، وغيرهم.

(١) ذكره المصنف فى المغنى فقال (وإن كانت تالفة رد قيمتها) المغنى (٦ / ٣٠٠).

(٢) قطع به المصنف فى الكافى فقال (فإن اختلفا فقال وهبتك ببدل فأنكر الآخر فالقول قول المنكر لأنه ادعى عليه بدلاً الأصل عدمه) الكافى (٢ / ٢٦٢).

(٣) جزم به المحرر فقال (وتعتقد بما يعد هبة فى العرف كقوله خذ هذا لك فياخذ أو يقول نخلتك وأعطيتك وملكتك وأعمرتك وجعلته لك عمرك أو عمرى) المحرر (١ / ٣٧٤).

١١٠ كتاب الوقف

وقدمه فى الشرح^(١)، والحارثى، والفروع، والفائق، والنظم، وغيرهم.
قال فى التلخيص: وهل يقوم الفعل مقام اللفظ؟ يخرج على الرواية فى البيع بالمعطاة، وأولى بالصحة.

قال فى الحاوى الصغير: وتنعقد بالمعطاة.
وفى المستوعب، والمغنى - فى الصداق: لا تصح إلا بلفظ «الهبة» و«العفو» و«التميك».

وقال فى الرعاية الكبرى: وفى «العفو» وجهان.
وقال فى المذهب، ومسبوك الذهب: وألفاظها «وهبت، وأعطيت، وملكت».
والقبول «قبلت» أو «تملكت» أو «اتهمت».
فإن لم يكن إيجاب، ولا قبول، بل إعطاء، وأخذ: كانت هدية أو صدقة تطوع على مقدار العرف. انتهى.

وقال فى الانتصار، فى غذاء المساكين - فى الظهار: أطعمته كوهبته.
وذكر القاضى فى المجرد، وأبو الخطاب، وأبو الفرج الشيرازى: أن الهبة والعطية لا بد فيهما من الإيجاب والقبول. ولا تصح بدونه. سواء وجد القبض أو لم يوجد.
قاله المصنف وغيره.

قال فى الفائق: وهو ضعيف.
وقدمه فى الرعايتين: أنه لا يصح بالمعطاة.
وتقدم التنبيه على هذه المسألة فى كتاب البيع.
فائدتان

إحدهما: لو تراخى القبول عن الإيجاب: صح، ما دام فى المجلس، ولم يتشاغلا بما يقطعه^(٢). قاله فى الرعاية الكبرى، والفائق.

وقال فى الصغيرى، والحاوى الصغير: وتنعقد بالإيجاب والقبول عرفاً.
وقال الزركشى: لو تقدم القبول على الإيجاب: ففى صحة الهبة روايتان. انتهى.
قلت: هى مشابهة للبيع. فيأتى هنا ما فى البيع على ما تقدم.
ثم وجدت الحارثى صرح بذلك، ولم يحك فيه خلافاً. وكذلك صاحب التلخيص.

(١) ذكره صاحب الشرح مقدماً (الشرح ٦ / ٢٤٨)

(٢) انظر المغنى (٦ / ٢٥٢) والشرح (٦ / ٢٤٩).

كتاب الوقف ١١١

الثانية: يصح أن يهبه شيئاً، ويستثنى نفعه مدة معلومة. وبذلك أجاب المصنف. واقتصر عليه في القاعدة الثانية والثلاثين.

قوله: ﴿وَتَلْزَمُ بِالْقَبْضِ﴾.

يعنى: ولا تلزم قبله. وهذا إحدى الروايتين. وهو المذهب مطلقاً. وحزم به في الوجيز، وغيره.

واختاره ابن عبدوس في تذكرته، والقاضى.

قال ابن منجا في شرحه: هذا أصح. قدمه في المحرر^(١)، والخلاصة، والنظم، والحرثي، والفروع، والفائق، والرعايتين، والحاوي الصغير.

قال في الكبرى: تلزم الهبة وتملك بالقبض إن اعتبر. وهو المذهب عند ابن إبي موسى، وغيره.

وعنه تلزم في غير المكيل والموزون، بمجرد الهبة.

قال الشارح: وعلى قياسه: المعداد والمذروع.

قال في الفروع: عنه تلزم في متميز بالعقد. اختاره الأكثر.

قال في الفائق، والحرثي: اختاره القاضى، وأصحابه.

قال ابن عقيل: هذا المذهب.

قال الزركشى: لا يفتقر المعين إلى القبض عند القاضى، عامة أصحابه. قدمه في

المغنى^(٢)، وابن رزين في شرحه.

وأطلقهما في الكافي^(٣)، والشرح^(٤)، والتلخيص، والهداية، والمستوعب.

وعنه: لا تلزم إلا بإذن الواهب في القبض.

تنبيهان

أحدهما: ظاهر كلام المصنف^(٥): صحة الهبة بمجرد العقد. وهو المذهب. وعليه

جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

(١) قطع له الجحد في المحرر فقال (ولا تلزم الهبة ولا تملك إلا مقبوضة بإذن الواهب).

(٢) ذكره المصنف في المغنى مقدماً واستشهد بإجماع الصحابة انظر المغنى (٢٤٦/٦).

(٣) ذكر الإطلاق في الكافي قال (إن غير المكيل والموزون فهو روايتان: - أحدهما: لا تتم هبته إلا بالقبض لأنها نوع هبة فلم تتم قبل القبض - الثانية - تتم قبل القبض) الكافي (٢٦١/٢).

(٤) ذكر الإطلاق صاحب الشرح فقال (وتلتزم بالقبض وعنه تلزم في غير المكيل والموزون بمجرد الهبة) الشرح (٢٥٠/٦).

(٥) ليس ظاهر كلام لأنه ساق إجماعاً على أنها لا تجوز إلا مقبوضة ودلل على ذلك. راجع المغنى (٢٤٧/٦).

١١٢ كتاب الوقف

من هنا يحذف وعنه: لا تلزم إلا بإذن الواهب فى القبض.

تنبيهان

أحدهما: ظاهر كلام المصنف^(١): صحة الهبة بمجرد العقد. وهو المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. الى هنا يحذف

وظاهر كلام الخرقي، وطائفة: أن ما يكال ويوزن لا يصح إلا مقبوضا.

قال الخرقي: ولا يصح الهبة والصدقة، فيما يكال ويوزن، إلا بقبضه.

قال فى الانتصار، فى البيع بالصفة: القبض ركن فى غير المتعين، لا يلزم العقد بدونه. نقله الزركشى. وصححه الحارثى.

ويأتى كلام ابن عقيل قريبا.

الثانى: قوله: (فى الكيل والموزون لا تلزم فيه إلا بالقبض) محمول على عمومه فى كل ما يكال ويوزن.

قال الشارح، والمصنف: وخصه أصحابنا المتأخرون بما ليس بمتعين فيه. ككفيز من صبرة، ورطل من زبرة.

قال: وقد ذكرنا ذلك فى البيع، ورجحنا العموم.

قال فى الفروع: كما تقدم.

وعنه: تلزم فى متميز بالعقد.

قال الزركشى: هبة غير المتعين - كفيز من صبرة، ورطل من زبرة - تفتقر إلى القبض بلا نزاع

فائدة: تملك الهبة بالعقد أيضاً. قاله المصنف ومن تابعه.

ونقله فى التلخيص. وقدمه فى الفائق.

وقاله أبو الخطاب فى انتصاره فى موضع.

قال فى القاعدة التاسعة والأربعين: قاله كثير من الأصحاب. ومنهم أبو الخطاب فى انتصاره، وصاحب المغنى^(٢)، والتلخيص، وغيرهم.

(١) ليس ظاهر كلام لأنه ساق إجماعاً على أنها لا تجوز إلا مقبوضة ودل على ذلك. راجع المغنى (٢٤٧/٦).

(٢) ذكره فى المغنى مقدماً ولكن لم يرجحه. المغنى (٢٤٧/٦).

كتاب الوقف ١١٣

وقيل: يتوقف الملك على القبض. وقدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير، والنظم. وجزم به في المحرر^(١).

قال في الكافي^(٢): لا يثبت الملك للموهوب له في المكيل والموزون إلا بقبضه. وفيما عدهما روايتان.

وقال في شرح الهداية مذهبا أن الملك الوهوب لا يثبت بدون القبض وفرع عليه: إذا دخل وقت الغروب من ليلة الفطر، والعبد موهوب: لم يقبض. ثم قبض - وقلنا: يعتبر في هبته القبض - ففطرته على الواهب. وكذا صرح ابن عقيل: أن القبض ركن من أركان الهبة. كالإيجاب في غيرها. وكلام الخرقى يدل عليه أيضاً. قال ذلك في القاعدة التاسعة والأربعين.

وقيل: يفع الملك مراعى. فإن وجد القبض: تبينا أنه كان للموهوب بقبوله، والإنهوى للواهب.

وحكى عن ابن حامد، وفرع عليه حكم الفطرة.

وأطلقها في الفروع. وهما روايتان في الانتصار في نقل الملك بعقد فاسد.

قال في الفروع. وعليهما يخرج النماء.

وذكر جماعة: إن اتصل القبض.

قوله: ﴿وَلَا يَصِحُّ الْقَبْضُ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَاهِبِ﴾.

يعنى إذا قلنا إن الهبة لا تلزم إلا بالقبض. وهذا بشرطه الآتى. وعليه الأصحاب^(٣). وقطعوا به.

وقال في الترغيب، والبلغة، والتلخيص: وفي صحة قبضه بدون إذنه روايتان.

والإذن لا يتوقف على اللفظ. بل المناولة والتخلية إذن^٤.

وظاهر كلام القاضى: اعتبار اللفظ فيه.

قال الحارثى: وعنه يصح القبض بغير إذنه.

قدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير.

(١) قطع به صاحب المحرر فقال (ولا تلزم الهبة ولا تملك إلا مقبوضة بإذن الواهب) المحرر (٣٧٤/١).

(٢) ذكره في الكافي بنصه وتماه. انظر الكافي (٢٦٠/٢).

(٣) ذكره في المغنى فقال (ولا يصح قبضها إلا بإذنه فإن قبضها للموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض) المغنى (٢٤٨/٦). الشرح (٢٥٢/٦). المحرر (٣٧٤/١). الكافي (٢٦١/١).

قوله: ﴿إِلَّا مَا كَانَ فِي يَدِ الْمُتَّهَبِ. فَيَكْفَى مُضَى زَمَنِ يَتَأْتِي قَبْضُهُ فِيهِ﴾.

هذا إحدى الروايات. اختاره القاضى، وأبو الخطاب، والسامرى.

وجزم به فى البلغة، والتلخيص. وقدمه فى الرايتين، والحاوى الصغير.

قال ابن منجا فى شرحه: هذا المذهب.

وعنه: ما كان فى يد المتَّهَب يلزم بالعقد. وهو المذهب.

قال الشارح: هذا الصحيح، إن شاء الله تعالى.

وقدمه فى المحرر^(١)، والفروع، والفائق، والنظم، وابن رزين فى شرحه.

قال فى الرايتين: هو أولى. وكذا قال الحارثى.

وهو ظاهر ما جزم به فى الوجيز.

وعنه: لا يصح القبض حتى يأذن فيه أيضاً. ويمضى زمن يتأتى قبضه فيه.

جزم به فى الخلاصة. واختاره القاضى أيضاً.

وقدمه فى الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير.

قال فى الرعاية الكبرى: ومن اتَّهَب شيئاً فى يده - يعتبر قبضه - فقبله: اعتبر إذن

الواهب فيه على الأشهر. ثم مُيْضَى زمن يمكن قبضه فيه ليملكه.

وقيل: يعتبر مضى الزمن دون إذنه.

وأطلق الأولى والثالثة فى الهداية، والمذهب، والمستوعب.

وأطلق الثانية، والثالثة فى الكافى^(٢).

تنبيه: الاستثناء الثانى فى كلام المصنف: من قوله: «وتلزم بالقبض» لا من قوله:

«لا يصح إلا بإذن الواهب».

فائدتان

إحدهما: صفة القبض هنا: كقبض المبيع.

وعلى القول بأنه لا بد من مضى مدة يتأتى قبضه فيها. فإن كان منقولاً: فبمضى

مدة نقله فيها.

(١) ذكره مقدماً فى المحرر فقال (فإن كانت فى يده المتَّهَب لزمت عقيب العقد) المحرر (١/٣٧٤).

(٢) ذكر الإطلاق المصنف فى الكافى فقال (وإن كان الموهوب فى يد المتَّهَب لم يحتج إلى قبض لأن قبضه مستدام. وهل يفترق إلى إذن فى القبض ثم فيه روايتان وذكر القاضى أنه لا بد من مضى مدة). الكافى (٢/٢٦١).

كتاب الوقف ١١٥

وإن كان مكيلاً أو موزوناً: فبمضى مدة يمكن اكتياله وآثرانه فيها.
وإن كان غير منقول: فبمضى مدة التخلية.
وإن كان غائباً: لم يصر مقبوضاً يوافيه، هو أو وكيله. ثم تمضى مدة يمكن قبضه فيها.

ذكر معنى ذلك في الشرح^(١) وغيره، في باب الرهن، وكذا حكم قبض الرهن.
الثانية: له أن يرجع في الإذن قبل القبض. وله أن يرجع في نفس الهبة قبل القبض.
على الصحيح من المذهب فيهما.

وقيل: لا يصح الرجوع فيهما.

قوله: ﴿وَإِنْ مَاتَ الْوَاهِبُ: قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ فِي الْإِذْنِ وَالرُّجُوعِ﴾.

هذا المذهب. جزم به في الهداية، والمذهب، والخلاصة، والوجيز، وغيرهم.
واختاره صاحب التلخيص، وغيره.

وقدمه في المحرر^(٢)، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، وغيرهم.

وقال القاضي في المجرد: يبطل عقد الهبة.

جزم به في الفصول. وقدمه في المغنى^(٣)، والشرح^(٤)، والنظم، والفائق.

قال في القاعدة الرابعة والأربعين بعد المائة: وهو المنصوص في رواية ابن منصور، واختيار ابن أبي موسى.

وقاله القاضي، وابن عقيل في الهبة في الصحة.

وأما في المرض - إذا مات قبل إقباضها - فجعلنا الورثة بالخيار لشبهها بالوصية.

انتهى.

فائدة: لو وهب الغائب هبة، وأنفذها مع رسول الموهوب له، أو وكيله، ثم مات الواهب، أو الموهوب له قبل وصولها: لزم حكمها. وكانت للموهوب له. لأن قبض الرسول والوكيل كقبضه.

(١) ذكر معنى ذلك في الرهن فعلاً (في قبض الرهن) انظر الشرح (٣٩٣/٤).

(٢) ذكره المحرر في محرره مقدماً فقال (وإذا مات الواهب قبل اللزوم للقبض فوارثه يقوم مقامه في اختيار

التقبض أو الفسخ) المحرر (٣٧٤/١).

(٣) ذكره في المغنى فقال (وقال أبو الخطاب إذا مات الواهب قام وارثه مقامه في الإذن في القبض

والفسخ وهذا يدل على أن الهبة لا تنفسخ بموته لأنه عقد مآله إلى اللزوم فلم يفسخ بالموت كالبيع

المشروط فيه الخيار). المغنى (٢٥٠/٦).

(٤) ذكره في الشرح كما في المغنى الشرح (٢٥٤/٦).

١١٦ كتاب الوقف

وإن أنفذها الواهب مع رسول نفسه، ثم مات قبل وصولها إلى الموهوب له، أو مات الموهوب له: بطلت. وكانت للواهب ولورثته لعدم القبض.

وكذلك الحكم في الهداية. نص على ذلك.

تنبيه: أفاد المصنف رحمه الله تعالى بقوله: «قام وارثه مقامه» أن إذن الواهب يبطل بموته. وهو صحيح. وكذلك يبطل إذنه بموت المتهب.

فوائد

الأولى: لو مات المتهب قبل قبوله: بطل العقد. على الصحيح من المذهب. وقيل: لا يبطل.

الثانية: يقبض الأب للطفل من نفسه بلا نزاع. ولا يحتاج إلى قبول من نفسه. على الصحيح من المذهب. ويكتفى بقوله: «وهبته. وقبضته له».

وقال القاضي: لا بد في هبة الولد أن يقول «قبلته».

وهو مبني على اشتراط القبول، على ما تقدم قريباً. والمذهب خلافه.

وقال بعض الأصحاب: يكتفى بأحد لفظين، إما أن يقول «قد قبلته» أو «قبضته».

وإن وهب ولي غير الأب فقال أكثر الأصحاب: لا بد أن يوكل الواهب من يقبل للصبي ويقبض له. ليكون الإيجاب من الولي، والقبول والقبض من غيره، كما في البيع بخلاف الأب. فإنه يجوز أن يوجب ويقبل ويقبض.

قال المصنف، والصحيح عندي: أن الأب وغيره في هذا سواء.

قال في الفروع: وفي قبض ولي غير الأب نفسه: روايتا شرائه وبيعه له من نفسه.

الثالثة: لا يصح قبض الطفل والمجنون لنفسه ولا قبوله. ووليّه يقوم مقامه فيهما.

فإن لم يكن أب فوصيه. فإن لم يكن فالحاكم الأمين، أو من يقيم مقامهم. ولا يقوم غيره هؤلاء الثلاثة مقامهم.

وقال المصنف في المغنى^(١): ويحتمل أن يصح القبول والقبض من غيرهم عند عدمهم.

(١) ذكره المصنف في المغنى بنصه وقامه ثم أضاف قائلاً (لأن الحاجة داعية إلى ذلك فإن الصبي قد يكون في مكان لا حاكم فيه وليس له أب ولا وصي ويكون فقيراً لا غنى به عن الصدقات فإن لم يصح قبض غيرهم له انسد باب وصولها إليه فتضيع ويهلك ومراعاة حفظه عن الهلاك أولى من مراعاة الولاية). المغنى (٢٥٩/٦).

كتاب الوقف ١١٧

الرابعة: لا يصح من المميز قبض الهبة ولا قبولها. على الصحيح من المذهب. نص عليه في رواية ابن منصور.

وقال في القواعد الأصولية - تبعاً للحارثي - هذا أشهر الروايتين. وعليه معظم الأصحاب.

وعنه: يصح قبضه وقبوله. اختاره المصنف في المغنى^(١)، والحارثي.

وقال في المغنى^(٢): ويحتمل أن تقف صحة قبضه على إذن وليه دون القبول. وفرق بينهما.

وتقدم في الحجر: هل تصح هبته؟

والسفيه كالمميز في ذلك، وأولى بالصحة.

والوصية كالهبة في ذلك.

الخامسة: قال القاضي في المجرد: يعتبر لقبض المشاع إذن الشريك فيه. فيكون نصفه مقبوضاً تملكاً، ونصف الشريك أمانة بيده. انتهى.

وجزم به في الحاوى الصغير، والرايعتين.

قال في القاعدة الثالثة والأربعين: في المجرد والفصول: يكون نصف الشريك وديعة عنده.

وقال ابن عقيل في الفنون: يكون قبض نصف الشريك عارية مضمونة. انتهى.

قلت: لو قيل: إن جاز له أن يتصرف، وتصرف: كان عارية. وإن لم يتصرف: فوديعة - لكان متجهاً.

ثم وجدته في القاعدة الثالثة والأربعين حكى كلامه في الفنون، فقال: قال ابن عقيل في فنونه: هو عارية، حيث قبضه لينتفع به بلا عوض.

قال صاحب القواعد: وهو صحيح إن كان أذن له الانتفاع مجاناً. أما إن طلب منه أجرة: فهي إجارة.

(١) ذكره المصنف في المغنى فقال (لأنه من أهل التصرف فإنه يصح بيعه وشرائه بإذن الولي. ولأنه مصلحة محض فصح من غير إذن وليه) المغنى (٢٥٩/٦).

(٢) ذكر الاحتمال صاحب المغنى فقال (ويحتمل أن يقف صحة القبض منه على إذن وليه دون القبول ولأن القبض يحصل به مستولياً على المال فلا يؤمن تضيقه له وتفريطه فيه فينبغي حفظه عن ذلك بوقفه على إذن وليه كقبضه لوديعة) المغنى (٢٦٠/٦).

١١٨ كتاب الوقف

وإن لم يأذن في الانتفاع بل في الحفظ: فوديعة. انتهى. وفيه نظر.
السادسة: لو قال أحد الشريكين للعبد المشترك: أنت حبيس على آخرنا موتاً: لم يعتق بموت الأول منهما. ويكون في يد الثاني عارية. فإذا مات عتق. ذكره القاضي في المجرد.

وذكره في القاعدة الثالثة والأربعين.

قوله: ﴿وَإِنْ أَبْرَأَ الْغَرِيمُ غَرِيمَهُ مِنْ دِينِهِ، أَوْ وَهَبَهُ لَهُ، أَوْ أَحْلَاهُ مِنْهُ بَرِئَتْ ذِمَّتُهُ﴾.
وكذا إن أسقطه عنه، أو تركه له أو ملكه له، أو تصدق به عليه، أو عفا عنه: برئت ذمته ﴿وَإِنْ رَدَّ ذَلِكَ وَلَمْ يَقْبَلْهُ﴾.

اعلم أنه إذا أبرأ من دينه، أو وهبه له، أو أحله منه، أو نحو ذلك – وكان المبرئ والمبرأ يعلمان الدين – صح ذلك، وبرئ، وإن رده ولم يقبله. على الصحيح من المذهب. نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.
وقيل: يشترط القبول.

قال في الفروع، وفي المغنى^(١): في إبرائها له من المهر: هل هو إسقاط، أو تمليك؟ فيتوجه منه احتمال: لا يصح به. وإن صح اعتبر قبوله.
وفي الموجز، والإيضاح: لا تصح هبة في عين.

وقال في المغنى^(٢): إن حلف لا يهبه، فأبرأه: لم يحنث. لأن الهبة تمليك عين.
قال الحارثي: تصح بلفظ «الهبة» أو «العطية» مع اقتضاءهما وجود معين. وهو منتفٍ. لإفادتهما المعنى الإسقاط هنا.

قال: ولهذا لو وهبه دينه هبة حقيقة: لم يصح. لانتفاء معنى الإسقاط. وانتفاء شرطه الهبة.

ومن هنا: امتنع هبته لغير من هو عليه. وامتنع إجزاؤه عن الزكاة، لانتفاء حقيقة الملك. انتهى.

(١) ذكره المصنف في المغنى في باب الصداق فقال (الإبراء إسقاط حق وليس بتعميك كتعميك الأعيان ولهذا لا يفتقر إلى قبول) انظر المغنى (٧٣/٨).

(٢) ذكره المصنف في المغنى في باب الأعيان. فقال (وإن حلف لا يهب شيئاً فأسقط عنه ديناً لم يحنث إلا أن ينوى لأن الهبة تمليك عين وليس له إلا دين ذمته) المغنى (٢٣٩/١١).

كتاب الوقف ١١٩

وقال فى الانتصار: إن أبرأ مريض من دينه - وهو كل ماله - ففى براءته من ثلثه، قبل دفع ثلثيه: منع وتسليم. انتهى.

وأما إن علمه المبرأ - بفتح الراء - أو جهله، وكان المبرئ - بكسرهما - يجهله: صح، سواء جهل قدره، أو وصفه، أو هما. على الصحيح من المذهب. جزم به فى الوجيز. وقدمه فى المحرر، والفروع، والفائق، وغيرهم. وصححه الناظم.

قال فى القواعد: هذا أشهر الروايات.

وعنه: يصح مع جهل المبرأ - بفتح الراء - دون علمه.

وأطلق - فيما إذا عرفه الديون - فيه الروايتين، فى الرايتين، والحاوى الصغير.

وعنه لا يصح، ولو جهلاه، إلا إذا تعذر علمه.

وقال فى المحرر: ويتخرج أن يصح بكل حال، إلا إذا عرفه المبرأ، وظن المبرئ جهله: فلا يصح. انتهى.

وعنه: لا يصح البراءة من الجهول، كالبراءة من العيب.

ذكرها أبو الخطاب، وأبو الوفاء. كما لو كتبه المبرأ خوفاً من أنه لو علمه المبرئ: لم يبرئه. قاله فى الفروع.

وقال المصنف^(١)، والشارح: فأما إن كان من عليه الحق يعلمه ويكتمه المستحق، خوفاً من أنه إذا علمه: لم يسمح بإبرائه منه، فينبغى أن لا تصح البراءة فيه. لأن فيه تغريراً بالمبرئ. وقد أمكن التحرز منه. انتهى.

وتابعهما الحارثى. وقال: ظاهر كلام أبى الخطاب: الصحة مطلقاً.

قال: وهذا أقرب.

فوائد

الأولى: من صور البراءة من الجهول: لو أبرأه من أحدهما، أو أبرأه أحدهما.

قاله الحلوانى، والحارثى.

وقالا: يصح، ويؤخذ بالبيان، كطلاق إحداهما، وعتقه أحدهما.

قال فى الفروع: يعنى ثم يقرع. على المذهب.

(١) ذكره المصنف فى المغنى بنصه وتمامه (٢٥٨/٦). وكذلك ذكر بنصه فى الشرح (٢٥٦/٦).

١٢٠ كتاب الوقف

الثانية: قال المصنف وغيره، قال أصحابنا: لو أبرأه من مائة - وهو يعتقد أن لا شيء عليه، فكان له عليه مائة - ففى صحة الإبراء وجهان.

صحح الناظم: أن البراءة لاتصح.

قال الحارثي: وهذا أظهر. وأطلقهما فى الفروع.

أصلهما: لو باع مالا لموروثه، يعتقد أنه حى - وكان قد مات وانتقل ملكه إليه - فهل يصح البيع؟ فيه وجهان.

وتقدم الصحيح منهما فى كتاب البيع، بعد تصرف الفضولى. فكذا هنا.

وقال القاضى: أصل الوجهين: من واجه امرأة بالطلاق يظنها أجنبية، فبانت امرأته، أو واجه بالعتق من يعتقد أنها حرة فبانت أمته.

ويأتى ذلك فى آخر باب الشك فى الطلاق.

الثالثة: لا تصح هبة الدين لغير من هو فى ذمته. على الصحيح من المذهب^(١). وهو ظاهر كلام المصنف هنا.

ويحتمل الصحة، كالأعيان. ذكره المصنف ومن بعده.

قال فى الفائق: والمختار الصحة.

قال الحارثي: وهو أصح. وهو المنصوص فى رواية حرب - فذكره - إن اتصل القبض به.

وتقدم حكم هبة دين السلم فى باب محرراً. فليعاود.

الرابعة: لا تصح البراءة بشرط. نص عليه، فيمن قال «إن متَّ فأنت فى حل» فإن ضم التاء. فقال «إن متَّ فأنت فى حل» فهو وصية.

وجعل الإمام أحمد رحمه الله تعالى رجلاً فى حل من غيبته، بشرط أن لا يعود. وقال: ما أحسن الشرط.

فقال فى الفروع: فيتوجه فيهما روايتان.

وأخذ صاحب النوادر من شرطه «أن لا يعود» رواية فى صحة الإبراء بشرط.

وذكر الحلواني: صحة الإبراء بشرط. واحتج بنصه المذكور هنا أنه وصية.

(١) ذكره المصنف فى المعنى فقال (فإن وهب الدين لغير من هو فى ذمته أو باعه إياه لم يصح) المعنى (٢٥٧/٦).

كتاب الوقف ١٢١

وأن ابن شهاب، والقاضي، قالا: لا يصح على غير موت الميرى. وأن الأول أصح. لأنه إسقاط.

وقدم الحارثي ما قاله الحلواني، وقال: إنه أصح.
الخامسة: لا يصح الإبراء من الدين قبل وجوبه. ذكره الأصحاب. ونقله الحلواني عنه.

وحزم جماعة: بأنه تملك.
ومنع بعضهم: أنه إسقاط، وأنه لا يصح بلفظ الإسقاط، وإن سلمناه: فكأنه ملكه إياه، ثم سقط.
ومنع أيضاً: أنه لا يعتبر قبوله. وإن سلمناه: فلائنه ليس ما لا بالنسبة إلى من هو عليه.

وقال العفو عن دم العمد تملك أيضاً.
وفى صحيح مسلم «أن أبا اليسر الصحابي رضى الله عنه قال لغريمه: إذا وجدت قضاء فاقض. وإلا فأنت فى حل».
وأعلم به الوليد بن عباد بن الصامت رضى الله عنه، وابنه، وهما تابعيان. فلم ينكره.

قال فى الفروع: وهذا متجه. واختاره شيخنا.
السادسة: لو تبارأ. وكان لأحدهما على الآخر دين مكتوب. فادعى استثناء بقلبه، ولم يرئ منه: قبل قوله. ولخصمه تحليفه.
ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله.

قال فى الفروع: وتتوجه الروايتان فى مخالفة النية للعام بأيهما يعمل.
السابعة: قال القاضي محب الدين بن نصر الله - فى حواشى الفروع - الإبراء من الجھول: عندنا صحيح. لكن هل هو عام فى جميع الحقوق، أو خاص بالأموال؟
ظاهر كلامهم: أنه عام.

قلت: صرح به فى الفروع فى آخر القذف. وقدمه.
وقال الشيخ عبد القادر - فى الغنية - لا يكفى الاستحلال المبهم.
ويأتى ذلك محرراً هناك.

قوله: ﴿وَتَصِحُّ هِبَةُ الْمَشَاعِ﴾.

هذا المذهب المقطوع به، عند الأصحاب^(١) قاطبة.

وفى طريقة بعض الأصحاب: ويتخرج لنا من عدم إجازة المشاع: أنه لا يصح رهنه ولا هبته.

قوله: ﴿وَكُلُّ مَا يَجُوزُ بَيْعُهُ﴾.

يعنى: تصح هبته. وهذا صحيح. ونص عليه.

ومفهومه: أن ما لا يجوز بيعه لا تجوز هبته. وهو المذهب.

وقدمه فى الفروع. واختاره القاضى.

وقيل: تصح هبة ما يباح الانتفاع به من النجاسات. جزم به الحارثى.

وتصح هبة الكلب. جزم به فى المغنى^(٢)، والكافى^(٣)، والشرح^(٤). واختاره الحارثى.

قال فى القاعدة السابعة والثمانين: وليس بين القاضى وصاحب المغنى خلاف فى الحقيقة. لأن نقل اليد فى هذه الأعيان جائز، كالوصية. وقد صرح به القاضى فى خلافه. انتهى.

نقل حنبل - فىمن أهدى إلى رجل كلب صيد - ترى أن يثبت عليه؟ قال: هذا خلاف الثمن. هذا عوض من شىء. فأما الثمن: فلا.

وأطلق فى الكلب المعلم وجهين فى الرعايتين، والقواعد الفقهية.

وقيل: وتصح أيضاً هبة جلد الميتة.

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: ويظهر لى صحة هبة الصوف على الظهر قولاً واحداً.

(١) ذكره المصنف فى المغنى (وتصح هبة المشاع لما روى أن وفد هوازن لما جاءوا يطلبون من رسول الله ﷺ أن يرد عليهم ما غنمه منهم قال رسول الله ﷺ (ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لكم) رواه البخارى وهذا هبة المشاع) المغنى (٢٥٤/٦). الشرح (٢٦١/٦).

(٢) ذكره المغنى فى باب البيع قال (وتصح الوصية بالكلب الذى يباح اقتناؤه لأنها نقل للغير منه من غير عوض وتصح هبته لذلك) المغنى (٣٠٠/٤).

(٣) ذكره المصنف فى الكافى قال: (وتجوز هبة الكلب ويباح الانتفاع به من النجاسات لأنه تبرع فجاز فى ذلك كالوصية) الكافى (٢ / ٢٦٠).

(٤) ذكره فى الشرح كما فى المغنى الشرح (٢٦٢/٦).

كتاب الوقف ١٢٣

تنبيه: مفهوم كلام المصنف أيضاً: أنه لا تصح هبة أم الولد. إن قلنا لا يجوز بيعها. وهو صحيح. وهو المذهب.

وقيل: يصح هنا، مع القول بعدم صحة بيعها.

وأطلقهما في الرعايتين، والفائق.

قلت: ينبغي أن يقيد القول بالصحة. بأن يكون حكمهما حكم الإماء في الخدمة ونحوها، إلى أن يموت الواهب، فتعتق. وتخرج من الهبة.

قوله: ﴿وَلَا تَصِحُّ هِبَةُ الْجَاهِلِ﴾.

اعلم أن الموهوب الجاهل: تارة يتعذر علمه. وتارة لا يتعذر علمه.

فإن تعذر علمه: فالصحيح من المذهب: أن حكمه حكم الصلح على الجاهل المتعذر علمه، كما تقدم. وهو الصحة.

قطع به في المحرر^(١)، والنظم، والفروع، والمتور، وغيرهم.

وهو ظاهر ما جزم به في الرعايتين، والحاوي الصغير.

وظاهر كلام المصنف^(٢)، وأكثر الأصحاب: أنه لا يصح. لإطلاقهم عدم الصحة في هبة الجاهل من غير تفصيل.

وهو ظاهر رواية أبي داود وحرب الآيتين.

وإن لم يتعذر علمه: فالصحيح من المذهب: أنها لا تصح. وعليه جماهير الأصحاب، وأكثرهم قطع به.

نقل حرب: لا تصح هبة الجاهل.

وقال في رواية حرب أيضاً: إذا قال «شاة من غنمي» - يعني وهبتها له - لم يجوز.

وقال المصنف: ويحتمل أن الجاهل إذا كان من الواهب: منع الصحة. وإن كان من الموهوب له: لم يمنعها.

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: وتصح هبة الجاهل. كقوله: «ما أخذت من مالى فهو لك» أو «من وجد شيئاً من مالى: فهو له».

(١) جزم به المجد في المحرر فقال (ولا تصح في مجهول إلا ما تعذر علمه كالصلح) المحرر (٣٧٤/١).
(٢) ذكره في المغنى فقال (لأنه عقد تملك لا يصح تعليقه بالشروط فلم يصح في المجهول كالبيع بخلاف النذر والوصية) المغنى (٢٥٦/٦). والشرح (٢٦٣/٦).

١٢٤ كتاب الوقف

واختار الحارثي: صحة هبة المجهول.

فائدة: لو قال «خذ من هذا الكيس ما شئت» كان له أخذ ما فيه جميعاً.

ولو قال «خذ من هذه الدراهم ما شئت» لم يملك أخذها كلها. إذا الكيس ظرفاً. فإذا أخذ المظروف: حسن أن «يقول أخذت من الكيس ما فيه» ولا يحسن أن يقول «أخذت من الدراهم كلها» نقله الحارثي عن نوادر ابن الصيرفي.

قوله: ﴿وَلَا مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ﴾.

يعنى لا تصح هبته. وهذا المذهب. وعليه جماهير^(١) الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

وقيل: تصح هبته.

قال في الفروع: ويتوجه من هذا القول: جواز هبة المعدوم وغيره.

قلت: اختار الشيخ تقي الدين رحمه الله: صحة هبة المعدوم. كالثمر واللبن بالسنة.

قال: واشترط القدرة على التسليم هنا: فيه نظر، بخلاف البيع.

قوله: ﴿وَلَا يَجُوزُ تَغْلِيْقُهَا عَلَى شَرْطٍ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب^(٢). إلا ما استثناءه. وقطع به أكثرهم.

وذكر الحارثي جواز تعليقها على شرط.

قلت: واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله. ذكره عنه في الفائق.

تنبيه: قوله: ﴿وَلَا شَرْطُ مَا يُنَافِي مُقْتَضَاهَا، نَحْوُ: أَنْ لَا يَبِيعَهَا، وَلَا يَهَبَهَا﴾.

هذا الشرط باطل بلا نزاع.

لكن هل تصح الهبة أم لا؟ فيه وجهان. بناء على الشروط الفاسدة في البيع على ما تقدم.

والصحيح من المذهب: الصحة.

(١) ذكره في المغنى فقال (ومتى قلنا أن القبض شرط في الهبة لم تصح فيما لا يمكن تسليمه كالعبد الآبق لأنه عقد يفتقر إلى القبض فلم يصح في ذلك كالبيع) المغنى (٢٥٥/٦) المحرر (٣٧٤/١). الشرح (٢٦٤/٦). الكافي (٢٦٠/٢).

(٢) قاله في المغنى (ولا يصح تعليق الهبة بشرط لأنها تمليك لمعين في الحياة فلم يجوز تعليقها على شرط كالبيع فإن علقها على شرط كان وعداً) المغنى (٢٥٦/٦) الكافي (٢٦٠/٢) والشرح (٢٦٤/٦) والمحرر (٣٧٤/١).

كتاب الوقف ١٢٥

قوله: ﴿وَلَا تَوَقَّيْتُهَا﴾. كَقَوْلِهِ: وَهَبْتُكَ هَذَا سَنَةً.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب. إلا ما استثناه المصنف.

وذكر الحارثي الجواز.

واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله.

قوله: ﴿إِلَّا فِي الْعُمَرَى، وَهُوَ يَقُولُ: أَعْمَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ، أَوْ أَرَقَّبْتُكَهَا، أَوْ جَعَلْتُهَا لَكَ عُمَرَكَ، أَوْ حَيَاتِكَ﴾.

وكذا قوله: «أعطيتكها» أو «جعلتها لك عُمَرَى، أو رُقْبَى أو ما بقيت» فَإِنَّهُ يَصِحُّ، وَتَكُونُ لِلْمُعْمَرِ - بفتح الميم - ﴿وَلَوْ رَقَّبْتَهُ مِنْ بَعْدِهِ﴾.

هذه «العمرى» والرُقْبَى» وهى صحيحة بهذه الألفاظ. وتكون للمُعْمَر ولورثته من بعده. وهذا المذهب^(١). وعليه الأصحاب.

وقال الحارثي: «العمرى» المشروعة، أن يقول: هى لك ولعقبك من بعدك لا غير.

ونقل يعقوب، وابن هانئ: من يَعْمُرُ الجارية، هل يطؤها؟ قال: لا أراه.

وحمله القاضى على الورع. لأن بعضهم جعلها تملك المنافع.

قال فى القاعدة الخامسة والثلاثين بعد المائة: وهو بعيد. والصواب تحريره، وحمله على أن الملك بالعمرى قاصر.

فائدة: لو لم يكن له ورثه كان لبيت المال

قوله: ﴿وَإِنْ شَرَطَ رُجُوعَهَا إِلَى الْمُعْمَرِ - بكسر الميم - عِنْدَ مَوْتِهِ، أَوْ قَالَ: هِيَ لِأَخِيرِنَا مَوْتًا: صَحَّ الشَّرْطُ﴾.

هذا إحدى الروايتين. اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله.

وقدمه فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير.

وعنه: لا يصح الشرط. وتكون للمعمر - بفتح الميم - ولورثته من بعده. وهو المذهب.

(١) ذكره فى المغنى فقال (لما روى عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ «العمرى جائزة لأهلها والرُقْبَى جائزة لأهلها» رواه أبو داود المغنى (٣٠٢/٦) الكافى (٢٦٤/٢). والشرح (٢٦٤/٦). المحرر (٣٧٤/١).

١٢٦ كتاب الوقف

قال المصنف^(١) هذا ظاهر المذهب. نص عليه فى رواية أبى طالب.

قال فى الفائق: هذا المذهب.

وجزم به فى الوجيز، والمنور.

وقدمه فى المحرر^(٢)، والفروع، والرعاية الكبرى.

وأطلقهما فى التلخيص، والشرح^(٣).

قال الحارثى - عن الرواية الأولى: هو المذهب.

وقال - عن الثانية - لا تصح الرواية عن الإمام أحمد رحمه الله بصحة الشرط.

تنبيه: من لازم صحة الشرط: صحة العقد، ولا عكس.

والصحيح من المذهب: أن العقد فى هذه المسألة صحيح.

جزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والوجيز، وغيرهم.

وقدمه فى المحرر^(٤)، والفروع، والرعايتين، والحاوى الصغير، وغيرهم.

قال فى الفائق، وغيره: هذا المذهب.

وعنه: لا يصح العقد أيضاً.

قال الحارثى: وذكر ابن عقيل، وغيره: وجهاً يبطلان العقد. لبطلان الشرط، كالبيع. ولا يصح. انتهى.

فائدة: لا يصح إعمار المنفعة، ولا إرقابها.

فلو قال «سكنى هذه الدار ل عمرك» أو «غلة هذا البستان» أو «خدمة هذا العبد لك عمرك» أو «منحتكه عمرك» أو «هو لك عمرك» فذلك عارية. له الرجوع فيها متى شاء فى حياته أو بعد موته.

(١) ذكره المصنف فى الكافى (٢/٢٦٤). وفى المغنى (٦/٣٠٨).

(٢) ذكره فى المحرر فقال (فإن شرط عودة بكل حال إليه أو إلى ورثته صح العقد دون الشرط وعنه صحتهما). المحرر (١/٣٧٤).

(٣) ذكر الإطلاق صاحب الشرح فقال ففيه روايتان - إحداهما - صحة العقد والشرط ومتى مات المعمر رجعت إلى المعمر لما روى جابر قال إن العمرى التى أجاز رسول الله ﷺ أن يقول هى لك ولعقبك فإذا قال هى لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها متفق عليه. - الثانية - أنها تكون للمعمر أيضاً ولورثته ويطل الشرط وهو ظاهر المذهب نص عليه أحمد فى رواية أى طالب). الشرح (٦/٢٦٦).

(٤) ذكره المجد فى المحرر مقدماً فقال (صح العقد دون الشرط وعنه صحتهما). المحرر ١ / ٣٧٤.

نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله.

ونقل أبو طالب: إذا قال «هو وقف على فلان. فإذا مات فلولدى، أو لفلان» فكما لو قال «إذا مات فهو لولده، أو لمن أوصى له الواقف» ليس يملك منه شيئاً، إنما هو لمن وقفه. يضعه حيث شاء. مثل السكنى، والسكنى متى شاء رجع فيه.

ونقل حنبل - في الرقبي والوقف - إذا مات فهو لورثته، بخلاف السكنى.

ونقل حنبل أيضاً: العمرى والرقبي والوقف معنى واحد، إذا لم يكن فيه شرط: لم يرجع إلى ورثته الم عمر. وإن شرط في وقفه أنه له حياته: رجع. وإن جعله له حياته وبعد موته فهو: لورثة الذي أ عمره، وإلا رجع إلى ورثته الأول.

وتقدم حكم الوقف المؤقت.

قوله: ﴿وَالْمَشْرُوعُ فِي الْأَوْلَادِ: الْقِسْمَةُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ مِيرَاثِهِمْ﴾.

هذا المذهب. نص عليه في رواية أبي داود أبي، وحرب، ومحمد بن الحكم، والمروذي، والكوسج، وإسحاق بن إبراهيم، وأبي طالب، وابن القاسم، وسندي وعليه جماهير الأصحاب.

وجزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والوجيز، والتلخيص، والزر كشي.

وقدمه في المغنى ^(١)، والشرح ^(٢)، والفروع، والفائق، والرعاية، والحارثي، وغيرهم.

وعنه: المشروع أن يكون الذكر كالأنثى كما في النفقة.

اختاره ابن عقيل في الفنون، والحارثي.

وفي الواضح وجه: تستحب التسوية بين أب وأم، وأخ وأخت.

قال في رواية أبي طالب: لا ينبغي أن يفضل أحداً من ولده في طعام ولا غيره كان يقال: «يعدل بينهم في القبل».

(١) ذكره في المغنى مقدماً فقال: (لا خلاف بين أهل العلم في استحباب التسوية وكراهه: التفصيل على حسب قسمة الله تعالى الميراث فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين لأن الله قسم بينهم فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين وأولى ما اقتدى بقسمة الله ولأن العطية في الحياة أحد حال العطية فيجعل للذكر منها مثل حظ الأنثيين كالميراث). انظر المغنى (٢٦٦/٦).

(٢) ذكره في الشرح كما في المغنى الشرح (٢٦٩/٦).

قال فى الفروع: فدخل فيه نظر وقف.

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله: ولا يجب على المسلم التسوية بين أولاده الذمة.

تنبيهات

الأول: يَحتمل قوله: «فى عطية الأولاد» دخول أولاد الأولاد.

يقويه قوله: «القسمة بينهم على قدر إرثهم» فقد يكون فى ولد الولد من يرث.

وهذا المذهب. هو ظاهر^(١) كلام الأصحاب. وقدمه فى الفروع.

ويحتمل أن هذا الحكم مخصوص بأولاده لصلبه. وهو وجه.

وذكر الحارثى: لا ولد بنيه وبناته.

الثانى: قوة كلام المصنف: تعطى أن فعل ذلك على سبيل الاستحباب. وهو قول القاضى فى شرحه.

وتقدم كلامه فى الواضح.

والصحيح من المذهب: أنه إذا فعل ذلك يجب عليه. ولا يأباه كلام المصنف هنا.

وحزم به فى المحرر^(٢)، والتلخيص، والنظم، والوجيز، والفائق، والرعايتين والحاوى الصغير.

وقدمه فى الفروع، والحارثى.

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله. وقال: هو المذهب.

الثالث: مفهوم قوله: «والمشروع فى عطية الأولاد» أن الأقارب الوارثين غير الأولاد: ليس عليه التسوية بينهم. وهو اختيار المصنف، والشارح.

قال فى الحاوى الصغير: هو أصح.

وهو ظاهر كلامه فى الوجيز. فإنه قال: يجب التعديل فى عطية أولاده بقدر إرثهم منه.

(١) ذكره المصنف فى المغنى على قول أبى الخطاب فقال المشروع فى عطية الأولاد وسائر الأقارب أن يعطيهم على قدر ميراثهم فإن خالف وفعل فعليه أن يرجع ويعمهم بالتحلة لأنهم فى معنى الأولاد فيتبع فيهم مثل حكمهم) للمغنى (٢٦٩/٦). الشرح (٢٧٣/٦).

(٢) ذكره فى المحرر وقطع به (ويجب التعديل فى عطية الأولاد وسائر الأقارب على حسب موارثهم) المحرر (٣٧٤/١).

كتاب الوقف ١٢٩

قال الحارثي: هو المذهب. وعليه المتقدمون، كالحرقى، وأبى بكر، وابن أبى موسى.

قال فى الفروع: وهو سهو. انتهى.

والصحيح: أن حكم الأقارب الوراث فى العطية كالأولاد. نص عليه.

وجزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والمحرم^(١)، وغيرهم.

وقدمه فى الرايتين، والنظم، والفائق، والفروع. وقال: اختاره الأكثر.

وأما الزوج والزوجة: فلا يدخلان فى لفظ الأولاد والأقارب. بلا نزاع بين الأصحاب. فهم خارجون من هذه الأحكام.

صرح به فى الرعاية، وغيرها. وهو ظاهر كلام الباقيين.

الرابع: ظاهر كلام المصنف: مشروعية التسوية فى الإعطاء. سواء كان قليلاً أو كثيراً، وسواء كانوا كلهم فقراء أو بعضهم.

واعلم أن الإمام أحمد - رحمه الله - نص على أنه يعفى عن الشيء التافه.

وقال: يجب التسوية أيضاً فيه، إذا تساوا فى الفقر أو الغنى.

قوله: ﴿فَإِنْ خَصَّ بَعْضُهُمْ، أَوْ فَضَّلَهُ: فَعَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ بِالرُّجُوعِ، أَوْ إِعْطَاءِ الْآخَرِ حَتَّى يَسْتَوُوا﴾.

هذا المذهب مطلقاً^(٢). وهو ظاهر كلامه فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، وغيرهم.

وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى الفروع والرايتين، وغيرهم.

(١) قطع به المجد فى المحرم فقال (يجب التعديل فى عطية الأولاد وسائر الأقارب على حسب موارثهم) المحرم (٣٧٤/١).

(٢) ذكره المصنف فى المغنى قال (وجملة ذلك أنه يجب على الإنسان التسوية بين الأولاد فى العطية إذا لم يختص أحدهم. معنى يبيح التفضيل فإن حض بعضهم بعطيته أو فاضل بينهم فيها أثم ووجبت عليه التسوية أحد أمرين إما رد ما فضل به البعض وإما إتمام نصيب الآخر ولما روى فى حديث النعمان بن البشير الحديث المشهور المغنى (٢٦٢/٦). والشرح (٦٢٧٠). الكافى (٢٥٩/٢). والمحرم (٣٧٤/١). العملة (٢٨٥).

١٣٠ كتاب الوقف

قال الزركشى: نص عليه فى رواية يوسف بن موسى. وهو ظاهر كلام الأكثرين. انتهى.

قال الحارثى: وهو ظاهر إيراد الكتاب، ونصره.

وتحريم فعل ذلك فى الأولاد، وغيرهم من الأقارب: من المفردات.

وقيل: إن أعطاه لمعنى فيه - من حاجة، أو زمانة، أو عمى، أو كثرة عائلة، أو لاشتغاله بالعلم ونحوه. أو منع بعض ولده لفسقه، أو بدعته، أو لكونه يعصى الله بما يأخذه ونحوه - جاز التخصيص.

واختاره المصنف^(١). واقتصر عليه ابن رزين فى شرحه. إلا أن تكون النسخة مغلوبة.

وقطع به الناظم. وقدمه فى الفائق. وقال: هو ظاهر كلام.

قلت: قد روى عن الإمام أحمد رحمه الله ما يدل على ذلك.

فإنه قال فى تخصيص بعضهم بالوقف: لا بأس إذا كان لحاجة. وأكرهه إذا كان على سبيل الأثرة والعطية، فى معنى الوقف.

قلت: وهذا قوى جداً.

قوله: ﴿فَعَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ بِالرُّجُوعِ أَوْ إِعْطَاءِ الْآخِرِ﴾.

هذا المذهب^(٢). أعنى أن التسوية: إما بالرجوع، وإما بإعطاء.

قال فى الفروع: هذا الأشهر. نص عليه.

وجزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، وغيرهم.

ولم يذكر الإمام أحمد رحمه الله فى رواية إلا «الرجوع» فقط. قاله الخرقى، وأبو بكر.

قال الحارثى، والأظهر: أن المنقول عن الإمام أحمد رحمه الله ليس قولين مختلفين، إنما اختلاف حالين.

تنبيه: ظاهر قوله: «أو إعطاء الآخر» ولو كان إعطاؤه فى مرض الموت. وهو صحيح. وهو المذهب.

(١) جزم به المصنف فى المغنى فقال (فقد روى عن أحمد ما يدل على جواز ذلك لقوله: فى تخصيص بعضهم بالوقف: لا بأس به إذا كان لحاجة وأكرهه إذا كان على سبيل الأثرة) المغنى (٢٦٥/٦).

(٢) ذكره المصنف فى المغنى كما فى النقطة قبل السابقة. المغنى (٢٦٢/٦). والكافى (٢٥٩/٢). والشرح (٢٧٠/٦). المحرر (٣٧٤/١).

كتاب الوقف ١٣١

قال الشارح: وهو الصحيح. وصححه في الفائق.
قال الزركشي: أولى القولين: الجواز. واختاره المصنف، وغيره. وقدمه في الفروع.
وعنه: لا يعطى في مرضه. وهو قول قدمه في الرايتين.
قال الحارثي: أشهر الرايتين: لا يصح.
نص عليه في رواية المروذي، ويوسف بن موسى، والفضل بن زياد، وعبد الكريم ابن الهيثم، وإسحاق بن إبراهيم.
ونقل أبو الفرج وغيره: يؤمر برده.

فائدتان

إحداهما: يجوز التخصيص بإذن الباقي. وذكره الحارثي. واقتصر عليه في الفروع.
الثانية: يجوز للأب تملكه بلا حيلة. قدمه الحارثي. وتابعه في الفروع. ونقل ابن هاني: لا يعجنى أن يأكل منه شيئاً.
قوله: ﴿فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ: ثَبَتَ لِلْمُعْطَى﴾.
هذا المذهب^(١). وعليه أكثر الأصحاب. منهم الخلال، وصاحبه أبو بكر، والخرقي، وابن أبي موسى، والقاضي، وأصحابه، ومن بعدهم. قاله الحارثي.
قال ابن منجا: هذا المذهب.
قال في الرايتين: لم يرجع الباقيون على الأصح.
وجزم به في الوجيز، والمنور.
وقدمه في الفروع، وشرح ابن رزين، والحاوي الصغير، والحارثي، وغيرهم.
وعنه: لا يثبت. وللباقين الرجوع.
اختاره أبو عبد الله بن بطة، وصاحبه أبو جعفر العكبريان، وابن عقيل، والشيخ تقي الدين، وصاحب الفائق.
وأطلقهما في المذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والمحرم^(٢)، والنظم، والفائق، وغيرهم.

(١) ذكره في الشرح على أحد الوجهين فقال (إذا فاضل بين ولده في العطايا أو خص بعضهم بعطية ثم مات قبل أن يستزده ثبت ذلك للموهوب له ولزم وليس لبقية الورثة الرجوع وهذا المنصوص عن أحمد) الشرح (٢٧٢/٦) والمحرم (٣٧٤/١) والمغنى (٢٨٤/٦) والكافي (٢٦٠/٢).
(٢) ذكر الإطلاق صاحب المجد فقال (فإن خص بها بعضهم أو فضله ولم يعدل حتى مات فهل للباقيين نسخها؟ على روايتين). المحرم (٣٧٤/١).

١٣٢ كتاب الوقف

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: وأما الولد المفضل: فينبغي له الرد بعد الموت قولاً واحداً.

قال في المغنى^(١)، والشرح^(٢): يستحب للمعطي أن يساوى أخاه في عطيته. وحكى عن الإمام أحمد رحمه الله بطلان العطية. واختاره الحارثي. وذكر: أن بعضهم نقله عن الإمام أحمد رحمه الله. وذكر ابن عقيل في الصحة روايتين.

فوائد

إحداها: قال في الرايتين، والحاوي الصغير: حكم ما إذا وُلد له ولد بعد موته: حكم موته قبل التعديل المذكور بالإعطاء أو الرجوع. واختار الحارثي هنا عدم الوجوب. وقال: إن حدث بعد الموت فلا رجوع للحادث على إخوته. وقاله الأصحاب أيضاً.

وفي المغنى^(٣): تستحب التسوية بينهم وبينه. الثانية: محل ما تقدم: إذا فعله في غير مرض الموت. فأما إن فعله في مرض الموت: فإنهم يرجعون. قال في الرعاية: فإنه فعل ذلك في مرض موته: فلهم الرجوع فيه. الثالثة: لا تجوز الشهادة على التخصيص، لا تحملاً ولا آداء. قاله في الفائق وغيره.

قال الحارثي: قاله الأصحاب. ونص عليه. قال في الرعاية: إن علم الشهود جوره وكذبه: لم يتحملوا الشهادة. وإن تحملوها ثم علموا: لم يؤدوها في حياته، ولا بعد موته. ولا إثم عليهم بعدم الأداء. وكذا إن جهلوا أن له ولد آخر. ثم علموه. قلت: بلى. إن قلنا: قد ثبت الموهوب لمن وهب له. وإلا فلا. انتهى.

(١) ذكره المصنف في المغنى بنصه وتمامه قال (ولا خلاف في أنه يستحب لمن أعطى أن يساوى أخاه في عطيته) المغنى (٢٨٧/٦).

(٢) وكذلك ذكره في الشرح كما في المغنى. الشرح (٢٧٤/٦).

(٣) ذكره في المغنى بنصه وتمامه. المغنى (٢٨٧/٦).

كتاب الوقف ١٣٣

قال الحارثي: والعلم بالتفضيل أو التخصيص يمنع تحمل الشهادة وأدائها مطلقاً. حكاها الأصحاب. ونص عليه.

الرابعة: لا يكره للحى قسّم ما له بين أولاده. على الصحيح من المذهب قدمه فى الفروع. وقال: نقله الأكثر. وعنه: يكره.

قال فى الرعاية الكبرى: يكره أن يقسم أحد ماله فى حياته بين ورثته إذا أمكن أن يولد له. وقطع به. وأطلقهما الحارثي.

ونقل ابن الحكم: لا يعجنى.

فلو حدث له ولد سوى بينهم ندباً.

قال فى الفروع: وقدمه بعضهم.

وقيل: وجوبا.

قال الإمام أحمد رحمه الله: أعجب إلى أن يسوى بينهم.

واقصر على كلام الإمام أحمد رحمه الله فى المغنى^(١)، والشرح^(٢).

قلت: يتعين عليه أن يسوى بينهم.

قوله: ﴿وَإِنْ سَوَى بَيْنَهُمْ فِي الْوَقْفِ، أَوْ وَقَفَ ثُلُثُهُ فِي مَرَضِهِ عَلَى بَعْضِهِمْ: جَازَ. نَصَّ عَلَيْهِ﴾.

ذكر المصنف رحمه الله هنا مسألتين:

إحداهما: إذا سوى بينهم فى الوقف: جاز. على الصحيح^(٣) من المذهب. نص عليه. وعليه أكثر الأصحاب.

جزم به فى الوجيز وغيره.

وقدمه فى الهداية والمذهب، والمستوعب، والتلخيص، والمحزر^(٤)، والنظم، والرايعتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم.

(١) انظر المغنى (٢٨٧/٦).

(٢) انظر الشرح (٢٧٤/٦).

(٣) ذكره فى الشرح (إذا سوى بين أولاده فى الوقف الذكر والأنثى جاز؛ لأن القصد القرية على وجه الدوام وقد استنوا فى القرابة) الشرح (٢٧٤/٦) وقاله فى المحرر مقدماً (٣٧٤/١). الكافى (٢٦٠/٢) المغنى (٢١٠/٦).

(٤) قدمه فى المحرر فقال (ولأن فضل بينهم فى الوقف جاز نص عليه). المحرر (٣٧٤/١).

١٣٤ كتاب الوقف

وصححه فى الخلاصة، وغيره.

قال الحارثى: المذهب الجواز.

قال القاضى: لا بأس به.

ونقل ابن الحكم: لا بأس. قيل: فإن فضل؟ قال: لا يعجبنى على وجه الأثرة. إلا لعيال بقدرهم.

وقياس المذهب: لا تجوز.

وهو احتمال فى المحرر^(١)، وغيره.

واختاره أبو الخطاب فى الانتصار، والمصنف، والحارثى.

وقيل: إن قلنا إنه ملك من وقف عليه: بطل. وإلا صح.

فعلى المذهب: يستحب التسوية أيضاً. على الصحيح من المذهب. اختاره القاضى وغيره.

وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى الفروع، والتلخيص، وقال: هذا المذهب.

وقيل: المستحب القسمة على حسب الميراث، كالعطية.

اختاره المصنف، والشارح، وقالوا: ما قاله القاضى لا أصل له. وهو ملغى بالميراث والعطية.

المسألة الثانية: إذا وقف ثلثه فى مرضه على بعضهم. وكذا لو أوصى بوقف ثلثه على بعضهم: جاز على الصحيح من المذهب. نص عليه.

قال فى الفروع: هذه الرواية أشهر.

قال ابن منجاء، والحارثى فى شرحهما: هذا المذهب.

قال الزركشى: هو أشهر الروايتين، وأنصهما.

واختيار القاضى فى التعليق، وغيره. وأكثر الأصحاب. انتهى.

وجزم به فى المنور، وناظم المفردات. وهو منها.

وقدمه فى الفائق، وغيره، والرايعيتين، والحاوى الصغير، والمحرر^(٢).

(١) ذكره فى المحرر مؤخراً فقال (ويتمثل المنع) المحرر (٣٧٤/١).

(٢) ذكره فى المحرر مقدماً. المحرر (٣٧٤/١).

كتاب الوقف ١٣٥

قال المصنف^(١) هنا: قياس المذهب: أنه لا يجوز.

فاختار عدم الجواز.

واختاره أبو حفص العكبري.

قال القاضي - فيما وجدته معلقاً بقلم الزركشي - واختاره ابن عقيل أيضاً.

قال في الفروع: فعنه كهبة. فيصح بالإجازة.

وعنه: لا يصح بالإجازة، إن قلنا: إن الإجازة ابتداء هبة. انتهى.

وقال في الرعاية الكبرى: إن وقف الثلث في مرضه على وارث، أو أوصى أن

يوقف عليه. صح، ولزم. نص عليه.

وعنه: لا يصح.

وعنه: إن أجز صح. وإلا بطل، كالأئدة على الثلث.

ثم قال: قلت: إن قلنا «هو لله» صح، وإلا فلا.

وقيل: يجوز لدين، أو علم، أو حاجة. انتهى.

فعلى المذهب: لو سوى بين ابنه وابنته في دار لا يملك غيرها فَرَدًّا فثلثها بينهما

وقف بالسوية، وثلثها ميراث.

وإن رَدَّ ابنه وحده: فله ثلثا الثلثين إرثاً ولبنته ثلثهما وقفاً.

وإن ردت ابنته وحدها: فلاها ثلث الثلثين إرثاً ولابنه نصفها وقفاً، وسدسهما

إرثاً. لرد الموقوف عليه. ذكره في الرعاية، والمحرر^(٢)، والفروع.

قال في الرعاية: وكذا له إن رد هو الوقف إلى قدر الثلث. وللبنت ثلثهما وقفاً.

وقيل: لها ربعهما وقفاً، ونصف سدسهما إرثاً. وهو لأبي الخطاب.

قال في المحرر^(٣): وهو سهو. ورده شارحه. وهو كما قال.

وقيل: نصف الدار وقف عليه، وربعها وقف عليها، والباقي إرث لهما أثلاثاً.

انتهى.

(١) ذكره المصنف في الكافي (قال أحمد وأكرهه إذا كان على سبيل الأثرة) الكافي (٢/٢٦٠). والمغنى

(٢١٠/٦).

(٢) ذكره في المحرر بنصه وتماه في باب (تبرعات المريض) انظر المحرر (١/٣٧٤).

(٣) ذكره المجد بنصه وتماه في باب تبرعات المريض. المحرر (١/٣٧٨).

١٣٦ كتاب الوقف

وعلى الثانية: عملك في الدار كثلثتها على الثالثة.
فائدة: لو وقف على أجنبي زائد على الثلث: لم يصح الزائد. على الصحيح من المذهب.

جزم به المصنف^(١)، وغيره.
وقدمه في الفروع، وقال: وأطلق بعضهم وجهين.
قلت: قال في الرعايتين، والحاوي الصغير: وإن وقف ثلثه على أجنبي: صح.
وفيما زاد وجهان.

قوله: ﴿وَلَا يَجُوزُ لَوَاهِبٍ أَنْ يَرْجَعَ فِي هِبَتِهِ، إِلَّا الْأَبُ﴾.
هذا المذهب^(٢). نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب. وصححه في الرعاية الكبرى.
قال الزركشي: هذا المشهور.
وعنه: ليس له الرجوع. قدمه في الرعايتين.
وعنه: له الرجوع، إلا أن يتعلق به حق، أو رغبة. نحو أن يتزوج الولد أو يفلس.
وكذا لو فعل الولد ما يمنع التصرف مؤبداً أو مؤقتاً.
وجزم بهذه الرواية في الوجيز.

واختاره الشارح، وابن عبدوس في تذكرته، وابن عقيل، وابن البناء، والمصنف ذكره الحارثي، والشيخ تقي الدين. وقال: يرجع فيما زاد على قدر الدين، أو الرغبة.
وأطلقهما في المذهب، ومسبوك الذهب.

وأطلق الأولى والثالثة: في المغنى^(٣)، والمحزر^(٤)، والشرح^(٥)، والنظم.
وقيل: إن وهب ولديه شيئاً، فاشتري أحدهما من الآخر نصيبه: ففي رجوعه في الكل وجهان.

(١) ذكره المصنف في المغنى في أحكام الوصية. المغنى (٤٢٥/٦).
(٢) ذكره في المغنى (لقله: ﴿وَلَا يَجُوزُ لَوَاهِبٍ أَنْ يَرْجَعَ فِي هِبَتِهِ، إِلَّا الْأَبُ﴾). وفي لفظ كالكلب يعود في قيته) ولأن الواهب لا ولاية له في المال فلم يرجع في هبته كذى الرحم المحرم) المغنى (٢٩٥/٦) الشرح (٢٧٧/٦). الكافي (٢٦٢/٢). المحزر (٣٧٥/١).
(٣) ذكر الإطلاق في المغنى (٢٩٥/٦).
(٤) ذكر الإطلاق في المحزر (٣٧٥/١).
(٥) ذكر الإطلاق صاحب الشرح (٢٧٧/٦).

كتاب الوقف ١٣٧

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله: ليس للأب الكافر أن يرجع فى عطيته، إذا كان وهبه فى حال الكفر، وأسلم الولد.

فأما إذا وهبه حال إسلام الولد، فقياس المذهب: الجواز. ولا يقر فى يده. وفيه نظر. انتهى.

وقال أبو حفص العكبرى: تحصيل المذهب: أنه يرجع فيما وهب لابنه. ولا يرجع فيما كان على وجه الصدقة. واختاره ابن أبى موسى.

وقد صرح القاضى، والمصنف، وغيرهما: بأنه لا فرق بين الصدقة وغيرها. وهو ظاهر كلام جماعة. انتهى.

تنبيه: قوله: ﴿أَوْ يُفْلِسُ﴾.

وكذا قال أبو الخطاب، وغيره.

قال الحارثى: والصواب أنه مانع من غير خلاف، كما فى الرهن، ونحوه.

وبه صرح فى المغنى^(١)، وصاحب المحرر^(٢)، وغيرهما. انتهى.

وعن الإمام أحمد رحمه الله - فى المرأة تهب زوجها مهرها - إن كان سألها ذلك رده إليها، رضيت أو كرهت. لأنها لا تهب إلا مخافة غضبه أو إضراره بها بأن يتزوج عليها.

نص عليه فى رواية عبد الله.

وجزم به فى المنور، ومنتخب الأدمى.

قال فى الرعاية الصغرى: وترجع المرأة فيما وهبت لزوجها بمسألته. على الأصح.

واختاره ابن عبدوس فى تذكرة.

وجزم به فى القواعد الفقهية، فى القاعدة الخمسين بعد المائة.

فالمصنف قدم هنا عدم رجوعها إذا سألها. وهو ظاهر كلام الخرقي، وكثير من الأصحاب.

جزم به فى الكافى، والجامع الصغير، وابن أبى موسى، وأبو الخطاب.

(١) قطع به فى المغنى فقال (أو أفلس وحجر عليه لم يملك الأب الرجوع فيها لأن فى ذلك إبطالا لحق غير الولد). المغنى (٢٧٥/٦).

(٢) قطع به فى المحرر (وإن تعلق به حق يقطع تصرفه كالعكس فلا رجوع حتى يزول) المحرر (٣٧٥/١).

١٣٨ كتاب الوقف

واختاره الحارثي. وهو اختيار أبي بكر وغيره.
وقدمه في الحاوي الصغير، والنظم، وفصول ابن عقيل.
قلت: الصواب عدم الرجوع إن لم يحصل فيه ضرر، من طلاق وغيره، وإلا فلها الرجوع.
وأطلقهما في المغني^(١)، والمحزر^(٢)، والرعاية الكبرى، والفروع.
تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أنها لا ترجع إذا وهبته من غير سؤال منه. وهو صحيح.

وهو المذهب. وهو ظاهر كلام الخرقى، وغيره.
واختاره أبو بكر وغيره.
وقدمه في الفروع وغيره.
وقاله القاضي في كتاب الوجهين، وصاحب التلخيص، وغيرهما.
وقيل: لها الرجوع. وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله.
وأطلقهما في المغني^(٣)، والشرح^(٤). والرعاية الكبرى.
وقيل: إن وهبته لدفع ضرر فلم يندفع، أو عوض، أو شرط، فلم يحصل: رجعت وإلا فلا.

فوائد

إحداها: ذكر الشيخ تقي الدين رحمه الله وغيره: أنه لو قال لها «أنت طالق إن لم تيرثيني» فأبرأته: صح.

وهل ترجع؟ فيه ثلاث روايات.

ثالثها: ترجع إن طلقها، وإلا فلا. انتهى.

قلت: هذه المسألة داخلة في الأحكام المتقدمة، ولكن هنا أكد في الرجوع.

(١) ذكر الإطلاق في المغني عن أحمد فقال - إحداها لا رجوع لها فيها - الثانية - لها الرجوع ثم ذكر الحديث «إنما يرجع في الموهب النساء وشرار الأتوم» - وعن أحمد رواية ثالثة نقلها أبو طالب إذا وهبت له مهرها فإن كان سألها ذلك رده إليها رجبت أو كرهت وإن لم يكن سألها وتبرعت فهو جائز المغني (٢٩٧/٦).

(٢) قال في المحرر (فيما وهبته لزوجه إذا أرادت الرجوع - روايتين) المحرر (٣٧٥/١).

(٣) ذكر الإطلاق في المغني كما في النقطة قبل السابقة. المغني (٢٩٧ / ٦).

(٤) ذكر الإطلاق في الشرح كما في المغني بالنقطة قبل السابقة. الشرح (٢٨٤/٦).

كتاب الوقف ١٣٩

الثانية: يحصل رجوع الأب بقوله: علم الولد أو لم يعلم. على الصحيح من المذهب.

ونقل أبو طالب رحمه الله: لا يجوز عتقها يرجع فيها. أو يردّها إليه. فإذا قبضها أعتقها حينئذ.

قال في الفروع: فظاهره اعتبار قبضه، وأنه يكفى.

وقال جماعة من الأصحاب: في قبضه مع قرينة وجهان.

الثالثة: لو أسقط الأب حقه من الرجوع، ففي سقوطه احتمالان في الانتصار.

قاله في الفروع.

قال ابن نصر الله - في حواشي الفروع - أظهرهما: لا يسقط. لثبوت له بالشرع، كإسقاط الولي حقه من ولاية النكاح.

وقد يترجح سقوطه. لأن الحق فيه مجرد حقه، بخلاف ولاية النكاح - فإنه حق عليه لله تعالى وللمرأة. فلهذا يأنم بعضه. وهذا أوجه. انتهى.

ويأتى نظير ذلك في الحضانة.

الرابعة: تصرف الأب ليس برجوع. على الصحيح من المذهب. نص عليه. وعليه أكثر الأصحاب.

وخرج أبو حفص البرمكي - في كتاب حكم الوالدين في مال ولدهما - رواية أخرى: أن العتق من الأب صحيح. ويكون رجوعاً.

قال في التلخيص، والفروع، وغيرهما: لا يكون وطؤه رجوعاً.

وهل يكون بيعه وعتقه ونحوهما رجوعاً؟ على وجهين.

وعليهما لا ينفذ. لأنه لم يلاق الملك.

ويخرج وجه بنفذه. لاقتران الملك. قاله في القاعدة الخامسة والخمسين.

قال في المغنى^(١): الأخذ المجرد إن قصد به رجوعاً فرجوع، وإلا فلا. مع عدم القرينة. ويُدَيَّن في قصده.

وإن اقتصرن به ما يدل على الرجوع فوجهان. أظهرهما: أنه رجوع. اختاره ابن عقيل وغيره. قاله الحارثي.

(١) ذكره في المغنى بنصه وتامه ثم قال (فإن لم توجد قرينة تدل على الرجوع لم يحكم بكونه رجوعاً لأن الأخذ يحتمل الرجوع وغيره فلا نزيل حكماً يقينياً بأمر مشكوك فيه) المغنى (٢٨٣/٦).

١٤٠ كتاب الوقف

الخامسة: حكم الصدقة حكم الهبة فيما تقدم. على الصحيح من المذهب.

اختاره القاضى. وغيره.

وقدمه فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، ونصره.

قال فى الفروع: هذا أصح الوجهين.

وقال فى الإرشاد: لا يجوز الرجوع فى الصدقة بجمال.

وقدمه الحارثى. وقال: هذا المذهب. ونص عليه فى رواية حنبل.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف - بل هو كالصريح - أن الأم ليس لها الرجوع إذا وهبت ولدها. وهو الصحيح من المذهب. نص عليه أكثر الأصحاب.

وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى الفروع، وغيره.

وقيل: هى كالأب فى ذلك.

وجزم به فى المبهم، والإيضاح.

واختاره المصنف^(٣)، والشارح، والقاضى يعقوب، والحارثى، وصاحب الفائق.

وقاله فى الإفصاح، والواضح، وغيرهما.

وهو ظاهر كلام الخرقي.

وأطلقهما فى الرعايتين، والحاوى الصغير.

السادسة: لو ادعى اثنان مولوداً فوهباه أو أحدهما فلا رجوع لانتفاء ثبوت الدعوى، وإن ثبت للحاق بأحدهما: ثبت الرجوع.

وظاهر كلام المصنف^(٤) أيضاً: أن الجد ليس له الرجوع فيما وهبه لولد ولده. وهو الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.

(١) ذكره المصنف فى المغنى مقدماً (لا فرق فيما ذكرنا بين الهبة والصدقة لحديث النعمان بن البشير فإنه قال تصدق على أبى بصدقة وقال فرجع أبى فرد تلك الصدقة أيضاً عموم قول النبى ﷺ وإلا الوالد فيما يعطى ولده) المغنى (٢٧٤/٦).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى (الشرح ٢٨٩/٦).

(٣) جزم به المصنف فى الكافى (قال لأنها أحد الأبوين فأشبهت الأب) الكافى (٢٦٢/٢). واختاره أيضاً فى المغنى (٢٧٢/٦).

(٤) ذكره المصنف فى الكافى. فقال (وليس للجد الرجوع لأن الخير يتناول الوالد حقيقة وليس الجد فى معناه لأنه يدلى بواسطة ويسقط الأب) الكافى (٢٦٢/٢).

وقدمه فى الفروع وغيره.

وقيل: هو كالأب. وأطلقهما فى الفائق.

قوله: ﴿وَإِنْ نَقَصْتَ الْعَيْنُ، أَوْ زَادَتْ زِيَادَةً مُنْفَصِلَةً: لَمْ يَمْنَعْ الرَّجُوعُ﴾.

إذا نقصت العين لم يمنع من الرجوع بلا نزاع.

وكذا إذا زادت زيادة منفصلة. على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب.

قال المصنف، والشارح: لا نعلم فيه خلافاً. وفى الموجز رواية: أنها تمنع.

تنبيه: يستثنى من كلام المصنف: لو كانت الزيادة المنفصلة ولد أمة لا يجوز التفريق

بينه وبين أمه: منع الرجوع، إلا أن نقول: الزيادة المنفصلة للأب. قاله المصنف،

والشارح، والناظم، وغيرهم.

قلت: فيعابى بها. وتقدم فى آخر الجهاد شىء من ذلك.

قوله: ﴿وَالزِّيَادَةُ لِلأَبْنِ﴾.

هذا المذهب^(١). عليه أكثر الأصحاب.

ويحتمل أنها للأب. وهو رواية فى الفائق وغيره.

وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير.

واستثنوا ولد الأمة. فإنها للولد عندهم بلا نزاع.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة،

وغيرهم. وتقدم نظيرها فى الحجر واللقطة.

قوله: ﴿وَهَلْ تَمْنَعُ الزِّيَادَةُ الْمُتَّصِلَةُ الرَّجُوعُ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة،

والمغنى^(٢)، والكافى^(٣)، والمحرر^(٤)، والشرح^(٥)، والفروع، وتجريد العناية، والحاوى

الصغير، والنظم، والقواعد.

(١) ذكره فى المغنى مقدما فقال: (والزيادة للولد لأنها حادثة فى ملكه ولا تتبع فى الفسوخ فلا تتبع

هنا). المغنى (٢٨٠/٦). المحرر (٣٧٥/١). الكافى (٢٦٣/٢). والشرح (٢٨١/٦).

(٢) ذكر المصنف فى المغنى عن أحمد روايتان إحداهما: لا يمنع الرجوع لأنها زيادة فى الموهوب فلم تمنع

الرجوع كالزيادة قبل النقص المنفصلة - الثانية - تمنع لأن الزيادة للموهوب له لكونها نداء ملكه ولم

تنتقل إليه من جهة أبيه فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة). المغنى (٢٧٨ / ٦).

(٣) ذكر الروايتين صاحب الكافى كما فى المغنى. الكافى (٢ / ٢٦٢).

(٤) ذكر الإطلاع فى المحرر (٣٧٥ / ١).

(٥) ذكر الروايتين فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٢٨١ / ٦).

١٤٢ كتاب الوقف

قال فى الرعايتين، والفائق: وفى منع المتصلة صورة ومعنى: روايتان.
 زاد فى الكبرى: كسمن وكبر وحبل، وتعلم صنعة.
 أحدهما: تمنع. صححه فى التصحيح. ونصره المصنف، والشارح.
 قال فى القاعدة الحادية والثمانين - بعد إطلاق الروايتين - والمنصوص عن الإمام
 أحمد رحمه الله - فى رواية ابن منصور - امتناع الرجوع.
 وهو المذهب على ما اصطلاحناه فى الخطبة.
 والرواية الثانية: لا يمنع. نص عليه فى رواية حنبل.
 وهو اختيار القاضى، وأصحابه.
 قاله الحارثى: واختاره ابن عبدوس فى تذكرته. قال: ويشارك بالمتصلة.
 قال فى القواعد: وعلى القول بجوار الرجوع: لا شىء على الأب للزيادة.
 فائدة: لو اختلف الأب وولده فى حدوث زيادة فى الموهوب: فالقول قول
 الأب. على الصحيح من المذهب.
 وقيل: قول الولد. وأطلقهما فى الفروع.
 قوله: ﴿وَإِنْ بَاعَهُ الْمُتَّهَبُ. ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ بِفَسْخٍ، أَوْ إِقَالَةٍ. فَهَلْ لَهُ الرَّجُوعُ؟ عَلَى
 وَجْهَيْنِ﴾.
 وكذا لو رجع إليه بفلس المشتري.
 وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحرم^(١)، النظم،
 والمصنف^(٢)، والفروع، والفائق، والقواعد الفقهية، والحارثى، وتجريد العناية،
 والرعايتين، والحاوى الصغير.
 أحدهما: يرجع. وهو المذهب.
 جزم به فى الكافى^(٣)، والوجيز، المنور.

(١) ذكر الإطلاق صاحب المحرر فقال (وإن عاد ففسخ فعلى وجهين). المحرر (١ / ٣٧٥).
 (٢) ذكر الإطلاق فى المغنى فقال. أحدهما - يملك الرجوع لأن السبب المزيل ارتفع وعاد الملك بالسبب
 الأول. الثانى - لا يملك الرجوع لأن الملك عاد إليه بعد استقرار ملك من انتقل إليه أشبه ما لو عاد إليه
 بالهبة. المغنى (٦ / ٢٧٧).
 (٣) ذكره المصنف فى الكافى فقال (له الرجوع فيها لأنه عاد حكم العقد الأول وإن عادت بسبب آخر
 فلا رجوع له). الكافى (٢ / ٢٦٢).

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته.

والوجه الثانى: يرجع. صححه فى التصحيح.

وقطع به القاضى، وابن عقيل. قاله الحارثى.

وهذا فى الإقالة: إذا قلنا: هى فسخ.

أما إذا قلنا: هى بيع، فقال فى فوائد القواعد: يمتنع رجوع الأب.

وتقدم ذلك فى فوائد الإقالة، وهل هى فسخ أو بيع؟

وقيل: إن رجع بخيار رجع، وإلا فلا. وأطلقهن الزركشى.

قوله: ﴿وَإِنْ رَجَعَ إِلَيْهِ بَيْعٌ، أَوْ هِبَةٌ: لَمْ يَمْلِكِ الرَّجُوعُ﴾.

بلا نزاع.

وكذا لو رجع إليه يارث أو وصية.

قوله: ﴿وَإِنْ وَهَبَ الْمَتَّهِبُ لِابْنِهِ: لَمْ يَمْلِكِ أَبُوهُ الرَّجُوعَ، إِلَّا أَنْ يَرْجِعَ هُوَ﴾.

إذا وهبه المتَّهَبُ لابنه، ولم يرجع هو: لم يملك الجد الرجوع. على الصحيح من المذهب.

جزم به ابن منجا فى شرحه، والشارح، والمحزر^(١)، والوجيز، وغيرهم.

وقدمه فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والرعايتين، والحاوى الصغير، الفائق.

وفيه احتمال: له الرجوع، ذكره أبو الخطاب.

قال فى التلخيص: وهو بعيد.

قال الحارثى: وهو كما قال. وأبو الخطاب وهم. انتهى.

وأطلقهما فى الفروع.

وإن رجع ملك الواهب الأول الرجوع. على الصحيح من المذهب.

وجزم به المصنف هنا.

وجزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والحارثى، الفائق،

والرعايتين، والحاوى الصغير.

١٤٤ كتاب الوقف

ويحتمل أن لا يملك الرجوع.

وأطلقهما في المعنى^(١)، والشرح^(٢)، والفروع.

قوله: ﴿وَإِنْ كَاتِبُهُ: لَمْ يَمْلِكِ الرَّجُوعَ، إِلَّا أَنْ يَفْسَخَ الْكِتَابَةَ﴾.

هذا مبنى على القول بعدم جواز بيع المكاتب.

أما على القول بجواز بيعه - وهو المذهب - فحكمه حكم العين المستأجرة. قاله الشارح.

وقد صرح قبل ذلك بجواز الرجوع في العين المستأجرة - فكذا هنا. لكن المستأجر مستحق للمنافع مدة الإجارة، والكتابة باقية على حكمها إذا رجع أيضاً.

وقال في الرعايتين، والحاوي الصغير: وإن كاتبه - ومُنِعَ بيع المكاتب، وزالت بفسخ أو عجز - رجع، وإلا فلا. كما لو باعه.

وما أخذه الابن من دين الكتابة لم يأخذه منه أبوه، بل يأخذ ما يؤديه وقت رجوعه وبعده. فإن عجز عاد إليه.

قال الزركشى: وشرط الرجوع أن لا يتعلق بالعين حق يمنع تصرف الابن. كالرهن، وحجر الفلوس والكتابة، وإن لم يجر بيع المكاتب.

فائدة: لا يمنع التدبير الرجوع. على الصحيح من المذهب.

وقيل: يمنع.

وهذا الحكم مفرع على القول بجواز بيعه.

فأما على القول بمنع البيع: فإن الرجوع يمتنع كالاتيلاء. قاله الشارح، وغيره.

فائدة: إجازة الولد له، وتزويجه، والوصية به، والهبة قبل القبض، والمزارعة، المضاربة، والشركة، وتعليق عتقه بصفة: لا يمنع الرجوع.

وكذا وطء الولد لا يمنع الرجوع.

وكذا إباق العبد وردة الولد لا يمنع، إن قيل ببقاء الملك.

وإن قيل: مراعى. فكذلك الرجوع.

(١) ذكر الإطلاق المصنف في المعنى كما في نقطة (٢ / ١٥٠). المعنى (٦ / ٢٧٧).

(٢) ذكر الإطلاق صاحب الشرح فقال (احتمل أن يملك الأب الرجوع في هبته لأنه فسخ هبته برجوعه فعاد إليه الملك بالسبب الأول - ويحتمل - أن لا يملك الأب الرجوع لأنه رجع إلى ابنه بعد الاستقرار ملك غيره فأشبه ما لو وهبه ابن الابن لابنه). الشرح (٦ / ٢٨٣).

وإن قيل: بجوازه منعت.

قوله: ﴿وَلَلْأَبِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالٍ وَلَدِهِ مَا شَاءَ﴾.

هذا المذهب^(١) بشرط. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

ومنع من ذلك ابن عقيل. ذكره في مسألة الإعفاف.

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: ليس للأب الكافر أن يملك من مال ولده المسلم، لا سيما إذا كان الولد كافراً ثم أسلم.

قلت: وهذا عين الصواب.

وقال أيضاً: والأشبه أن الأب المسلم ليس له أن يأخذ من مال ولده الكافر شيئاً.

فعلى المذهب: قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: يستثنى مما للأب أن يأخذه من مال ولده - سرية للابن، وإن لم تكن أم ولد. فإنها ملحقة بالزوجة. نص عليه الإمام أحمد رحمه الله في أكثر الروايات.

ويأتى كلامه أيضاً قريباً «إذا تملك في مرض موته أو مرض موت الابن».

قوله: ﴿مَعَ الْحَاجَةِ وَعَدَمِهَا﴾.

يعنى: مع حاجة الأب وعدمها. هذا المذهب^(٢).

جزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره. وهو من مفردات المذهب.

وقيل: لا يملك من مال ولده إلا ما احتاج إليه.

وسأله ابن منصور وغيره عن الأب: يأكل من مال ابنه؟ قال: نعم، إلا أن يفسده. فله القوت فقط.

تنبيه: مفهود كلام المصنف^(٣): أن الأم ليس لها أن تأخذ من مال ولدها، كالأب. وهو صحيح. وهو المذهب. وعليه الأصحاب.

وقيل: لها ذلك كالأب.

(١) ذكره المصنف فى المغنى فقال (وللأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء ويمتلكه مع حاجة الأب الى ما يأخذه ومع عدمها صغيراً كان الولد أو كبيراً). المغنى (٦ / ٢٨٨). الكافى (٢ / ٢٦٣). والشرح (٦ / ٢٨٥). المحرر (١ / ٣٧٥).

(٢) جزم به فى المغنى (٦ / ٢٨٨). والشرح (٦ / ٢٨٥). والكافى (٢ / ٢٦٣). والمحرف (١ / ٣٧٥).

(٣) جزم به المصنف فى الكافى (وليس للأم الأخذ من مال ولدها بغير إذنه لعدم الخبر وامتناع قياسها على الأب لما بينهما من الفرق). الكافى (٢ / ٢٦٣).

١٤٦ كتاب الوقف

قوله: ﴿إِذَا لَمْ تَتَّعَلَّقْ حَاجَةُ الْإِبْنِ بِهِ﴾.

يشترط في جواز أخذ الأب من مال ولده: أن لا يضر الأخذ به، كما إذا تعلق حاجته به. نص عليه.

وقدمه في الرعاية، والفروع.

وعنه: له الأخذ ما لم يحجب به.

وجزم به الكافي^(١)، والمغنى^(٢)، والشرح^(٣)، وتذكرة ابن عبدوس، وناظم الأفراد.

قال في المغنى^(٤)، والشرح^(٥): وللأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء مع غناه وحاجته، بشرطين.

أحدهما: أن لا يحجب بالابن، ولا يأخذ ما تعلق به حاجته.

الثاني: أن لا يأخذ من أحد ولديه، ويعطيه الآخر. نص عليه في رواية إسماعيل بن سعيد. انتهى.

قال الشيخ تقي رحمه الله: قياس المذهب: أنه ليس للأب أن يملك من مال ابنه في مرض موت الأب ما يخلف تركة. لأنه بمرضه قد انعقد السبب القاطع لملكه. فهو كما لو تملك في مرض موت الابن. انتهى.

وقال أيضاً: لو أخذ من مال ولده شيئاً، ثم انفسخ سبب استحقاقه، بحيث وجب رده إلى الذي كان ملكه - مثل أن يأخذ الأب صداق ابنته، ثم يطلق الزوج أو يأخذ الزوج ثمن السلعة التي باعها الولد، ثم يرد السلعة بعيب، أو يأخذ المبيع الذي اشتراه الولد. ثم يفلس بالثمن ونحوه ذلك - فالأقوى في جميع الصور: أن للمالك الأول الرجوع على الأب. انتهى.

وعنه: للأب ثلثه كله، بظاهر قوله: عليه أفضل الصلاة والسلام «أنت ومالك لأبيك».

(١) قطع به صاحب الكافي فقال (أن لا يحجب بالابن ولا يأخذ ما تعلق به حاجته). الكافي (٢٦٣/٢).

(٢) جزم به في المغنى (أن لا يحجب بالابن ولا يضر به ولا يأخذ شيئاً تعلق به حاجته). المغنى (٢٨٨/٦).

(٣) وكذلك جزم به صاحب الشرح كما في المغنى. الشرح (٦ / ٢٨٥).

(٤) ذكرهما صاحب المغنى بنصهما (المغنى (٦ / ٢٨٨).

(٥) وكذلك ذكرها في الشرح كما في المغنى (الشرح ٦ / ٢٨٥).

كتاب الوقف ١٤٧
 قوله: ﴿وَإِنْ تَصَرَّفَ قَبْلَ تَمْلُكِهِ بَيْعَ، أَوْ عِتْقَ، أَوْ إِتْرَاءٍ مِنْ دَيْنٍ: لَمْ يَصِحَّ
 تَصَرُّفُهُ﴾.

هذا المذهب^(١). نص عليه. وعليه الأصحاب.

وجزم به في الوجيز، وغيره.

قال في الفروع: ولا يصح تصرفه فيه قبل تملكه. على الأصح.

قال في القواعد الفقهية: هذا المعروف من المذهب.

وعنه: يصح. وخرج أبو حفص لبرمكي رواية بصحة تصرفه بالعتق قبل القبض.

وقال أبو بكر في التنبيه: بيع الأب على ابنه، وعتقه وصدقته، ووطء إمامه - ما
 لم يكن الابن قد وطئ - جائز. ويجوز له بيع عبيده وإمامه وعتقهم.

فعلى المذهب: قال الشيخ تقي الدين: يقدح في أهليته لأجل الأذى. لا سيما
 بالحبس. انتهى.

وقال في الموجز: لا يملك إحضاره في مجلس الحكم. فإن أحضره. فادعى؛ فأقر،
 أو قامت بينة: لم يحبس.

فائدة: يحصل تملكه بالقبض. نص عليه، مع القول أو النية.

قال في الفروع: ويتوجه: أو قرينة.

وقال في المبهج: في تصرفه في غير مكيل، أو موزون: روايتان. بناء على حصول
 ملكه قبل قبضه.

قوله: ﴿وَإِنْ وَطِئَ جَارِيَةَ ابْنِهِ، فَأَحْبَلَهَا: صَارَتْ أُمًّا وَلَدٌ لَهُ﴾.

إن كان الابن لم يكن وطئها: صارت أم ولد لأبيه، إذا أحبها. بلا نزاع. وإن
 كان الابن يطؤها، ظاهر كلام المصنف هنا: أنها تصير أم ولد له أيضاً، إذا أحبها.
 وهو أحد الوجهين.

ورجحه المصنف في المغنى^(٢).

(١) قطع به المصنف في المغنى فقال (وأن تصرف الأب في مال الابن قبل تملكه لم تصرفه. نص عليه أحمد
 لأن ملك الابن قام على مال نفسه يصح تصرفه فيه ويحل له وطء جواريه). المغنى (٦ / ٢٩٢).

والشرح (٦ / ٢٦٣). والمحرو (١ / ٣٧٥). والكافي (٢ / ٢٦٣).

(٢) رجحه المصنف في المغنى (٦ / ٢٩٣).

١٤٨ كتاب الوقف

وهو كالصريح فيما قطع به صاحب المحرر، والشارح، وابن منجاف في شرحه، وصاحب الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، وغيرهم.

وقطع به في الرعاية الكبرى.

والصحيح من المذهب: أنها لا تصير أم ولد للأب، إذا كان الابن يطؤها. نص عليه.

قال في الفروع: وإن كان ابنه يطؤها: لم تصر أم ولد في المنصوص.

تنبيه: هذا إذا لم يكن الابن قد استولدها.

فإن كان الابن قد استولدها: لم ينتقل الملك فيها باستيلاءه، كما لا ينتقل بالعقود.

ذكره ابن عقيل، وأبو الخطاب في الهداية. اختاره في الفائق.

الشريكان أمتهما في طهر واحد، وأت بولد، وألحقته القافة بهما. قاله في القاعدة الخامسة والخمسين.

قوله: ﴿وَوَلَدُهُ حُرٌّ لَا تَلْزَمُهُ قِيمَتُهُ﴾.

هذا المذهب ^(١)، وعليه الأصحاب.

وعنه: يلزمه قيمته.

قوله: ﴿وَلَا مَهْرٌ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب.

وعنه: يلزم المهر.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أن الأب لا يلزمه قيمة جارية ابنه إذا أحبلها.

قال في الفروع: وقد ذكر جماعة هنا: لا يثبت للولد في ذمة أبيه شيء.

قال في المحرر ^(٢)، وغيره: وهو ظاهر كلامه. وهذا منه.

والصحيح من المذهب: أنه تلزمه قيمتها. قدمه في المحرر ^(٣)، والفروع.

(١) قطع به في المغنى فقال (وأن ولدت منه صارت أم ولد له وولده حر لأنه من وطء انتفى عنه الحد

للشبهة وليس للابن مطالبته بشيء من قيمتها ولا قيمة ولدها ولا مهرها). المغنى (٦ / ٢٩٤).

والشرح (٦ / ٢٨٨). الكافي (٢ / ٢٦٣).

(٢) ذكره في المحرر في باب أمهات الأولاد. المحرر (٢ / ١٢).

(٣) ذكره في المحرر مقدماً. المحرر (٢ / ١٢).

قوله: ﴿وَلَا حَدٌّ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب. وعنه: يحدّ.

قال جماعة: ما لم ينو تملكها. منهم ابن حمدان، في باب حد الزنا.

تنبيه: محل هذا: إذا كان الابن لم يطأها.

فأما إن كان الابن يطؤها: ففي وجوب الحد عليه روايتان منصوصتان.

وأطلقهما في الرعاية الكبرى، والفروع.

قلت: ظاهر ما قطع به المصنف هنا، وفي باب حدّ الزنا، وفي الكافي^(١)،

والمغنى^(٢)، وغيره: أنه لا حدّ عليه، سواء كان الولد يطؤها، أو لا.

وقطع بالإطلاق هناك الجمهور.

قال الحارثي هنا: ولا فرق في انتفاء الحد بين كون الابن وطعها، أو لا.

ذكره أبو بكر، والسامري، وصاحب التلخيص. انتهى.

قلت: الأولى وجوب الحد.

قوله: ﴿وَفِي التَّعْزِيرِ وَجْهَانِ﴾.

وأطلقهما في الرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، والهداية، والمذهب،

والمستوعب، والخلاصة.

أحدهما: يعزر. هو الصحيح من المذهب.

قال الشارح: هذا أولى.

قال في الفروع: ويعزر في الأصح.

وصححه في التصحيح، وشرح الحارثي، والنظم.

وقدّمه في الرعاية، في باب حد الزنا.

والوجه الثاني: لا يعزر.

وقيل: يعزر، وإن لم تحبل.

(١) ذكره المصنف في المغنى على أحد الوجهين فقال يعزر لانه وطئ محرماً أشبه ما لو وطئ حرة

مشاركة بينه وبين غيره). المغنى (٦ / ٢٩٤).

(٢) وصاحب الشرح في أحد الوجهين ورجحه فقال (والأول أولى لأن التعزير هنا حق لله تعالى بخلاف

الجنابة على ولده لأنها حق للولد). الشرح (٦ / ٢٨٨).

١٥٠ كتاب الوقف

قوله: ﴿وَلَيْسَ لِلابْنِ مَطَالِبَةٌ أَبِيهِ بِدَيْنٍ، وَلَا قِيمَةٌ مُتَلَفٍ، وَلَا أَرْضٌ جِنَايَةٍ، وَلَا غَيْرُ ذَلِكَ﴾.

هذا المذهب. عليه الأصحاب. قطع به أكثرهم.

وهو من مفردات المذهب.

وقال في الرعاية: قلت: ويحتمل أن يطالبه بما له في ذمته، مع حاجته إليه، وغنى والده عنه.

قال في الرعاية الصغرى: ولا يطالب أباه بما ثبت له في ذمته في الأصح، بقرض وإرث، وبيع، وجناية، وإتلاف.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أن ذلك يثبت في ذمته، ولكن يمنع من المطالبة به. وهو أحد الوجهين. والمذهب منهما. قدمه في المغنى^(١).

وهو ظاهر كلامه في المحرر^(٢)، والرعاية، والحاوى.

قال الحارثي: وهو الأصح.

وبه جزم أبو بكر، وابن البناء. وهو من المفردات.

قال الحارثي: ومن الأصحاب من يقول بثبوت الدين، وانتفاء المطالبة. منهم القاضى، وأبو الخطاب، وابن العقيل، والمصنف. انتهى.

واختاره المجد في شرحه.

وقدم في الفروع: إذا أولد أمة ابنة: أنه تثبت قيمتها في ذمته. ذكره في باب أمهات الأولاد.

والوجه الثاني: لا يثبت في ذمة الأب شيء لولده.

وهو المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله.

وتأول بعض الأصحاب النص.

قال المصنف^(٣): ويحتمل أن يحمل المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله - وهو قوله: «إذا مات الأب بطل دين الابن» وقوله: - فمن أخذ من مهر ابنته شيئاً فأنفقه -

(١) انظر المغنى (٦ / ٢٩١).

(٢) قطع به في المحرر فقال (وما ثبت له في ذمته ببيع أو قرض أو إرث لم يملك مطالبته له). المحرر (١ / ٣٧٥).

(٣) ذكره المصنف في المغنى بنصه وتامه. المغنى (٦ / ٢٩٢).

كتاب الوقف ١٥١

«ليس عليه شيء» ولا يؤخذ من بعده - على أن أخذه له، وإنفاقه إياه: دليل على قصد التملك.

قال الحارثي: محل هذا في غير المتلف.

أما المتلف: فإنه لا يثبت في ذمته. وهو المذهب بلا إشكال.

ولم يحك القاضي - في رءوس مسائله - فيه خلافاً. انتهى.

وأطلقهما في الشرح^(١)، والرعاية الكبرى، والفائق، والفروع.

فعلى الوجه الأول: هل يملك الأب إبراء نفسه من الدين؟

قال القاضي: فيه نظر.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: يملك الأب إسقاط دين الابن عن نفسه.

قال في الفروع: وذكر غير القاضي: أنه لا يملكه، كإبرائه غريم الابن وقبضه منه. انتهى.

ويأتي قريباً في القاعدة الثالثة: هل يستقط الدين بموت الأب؟

وظاهر كلام المصنف أيضاً: أنه لو وجد عين ماله - الذي باعه أو أقرضه - بعد موت أبيه: أن له أخذه، إن لم يكن انتقد ثمنه. وهو إحدى الروايتين.

وقدمه في المغنى^(٢) - كما تقدم - أن الأب إذا مات يرجع الابن في تركته بدينه. لأنه لم يسقط عن الأب. وإنما تأخرت المطالبة به. انتهى.

قلت هذا في الدين. ففي العين بطريق أولى.

والرواية الثانية: ليس له أخذه.

وأطلقهما في المبهم، والرعاية الكبرى، والفروع، والفائق، وشرح الحارثي.

قال في المبهم، والحارثي: وكذا لو وجد بعضه.

فوائد

الأولى: ليس لورثة الابن مطالبة أبيه بما للابن عليه من الدين وغيره. كالابن نفسه، على الصحيح من المذهب.

(١) ذكر الإطلاق صاحب الشرح فقال (فإن مات الأب فقيل يرجع الابن في تركته بدينه عليه لم يسقط عن الأب وإنما تأخرت المطالبة - وعن أحمد - إذا مات الأب بطل دين الابن). الشرح (٦ / ٢٨٩).

(٢) ذكر في المغنى بنصه وتماه [المغنى ٦ / ٢٩٢].

١٥٢ كتاب الوقف

جزم به فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والحارثى.

وقدمه فى الفروع، وغيره.

وقيل: لهم المطالبة، وإن منعنا الابن منها. وأطلقهما فى الفائق. وقال فى الانتصار - فيمن قتل ابنه - إن قلنا: الدية للوارث، طالبه، وإلا فلا.

الثانية: لو أقر الأب بقبض دين ابنه، فأنكر الابن: رجع على الغريم. ويرجع الغريم على الأب. نقله مهنا.

قال فى الفروع: وظاهر لا يرجع مع إقراره.

الثالثة: لو قضى الأب الدين الذى عليه لابنه فى مرضه، أو أوصى له بقضائه كان من رأس المال. قاله الأصحاب.

وإن لم يقضه ولم يوص به: لم يسقط بموته، على أحد الوجهين. اختاره بعضهم. وقدمه فى الفروع، والمغنى^(٣).

والنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله: أنه يسقط، كحبسه به فى الأجرة، فلا يثبت كجناية.

قدمه فى المحرر^(٤)، والرايعتين، والحاوى الصغير، والفائق، وغيرهم.

وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته. أطلقهما فى الشرح^(٥).

وقيل: ما أخذه ليملكه يسقط بموته، وما لا فلا.

وتقدم إذا وجد عين ماله الذى باعه بعد موت الأب.

وتقدم: هل يثبت له فى ذمة أبيه دين أم لا؟

الرابعة: للابن مطالبة أبيه بنفقته الواجبة عليه. قاله الأصحاب.

قال فى الوجيز: له مطالبة بها، وحبسه عليها.

(١) قطع به فى المغنى (فقال) وإن مات الابن فانتقل الدين إلى ورثته لم يملكوا مطالبة الأب به موروثة لم يكن له المطالبة فهم أولى). المغنى (٦ / ٢٩٢).

(٢) جزم به فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٦ / ٢٨٩).

(٣) ذكره المصنف فى المغنى (٦ / ٢٩٢).

(٤) ذكره فى المحرر مقدماً فقال (ومتى قضاه إياه فى مرضه أو أوصى به كان من صلب المال وإلا سقط بموته نص عليه). المحرر (١ / ٣٧٥).

(٥) ذكر الإطلاق صاحب الشرح [فإن مات الأب فقبل رجوع الابن فى تركته بدينه لم يسقط عن الأب وإنما تأخرت المطالبة وعن أحمد إذا مات الأب بطل دين الابن]. الشرح (٦ / ٢٨٩).

كتاب الوقف ١٥٣

وهو مستثنى من عموم كلام من أطلق. ويعاى بها.

قال فى الرعايتين، والحاوى الصغير، وتذكرة ابن عبدوس، وغيرهم: للابن مطالبة أبيه بعين له فى يده.

قلت: وهو ظاهر كلام المصنف.

الخامسة: هل لولد ولده مطالبة بماله فى ذمته؟

قال فى الرعاية، قلت: يحتمل وجهين.

وإن قلنا: لا يثبت فى ذمته شىء فهدر. انتهى.

قلت: ظاهر كلام أكثر الأصحاب: أن له مطالبة.

قوله: ﴿وَالْهَدِيَّةُ، وَالصَّدَقَةُ نَوْعَانِ مِنَ الْهَبَةِ﴾.

يعنى: فى الأحكام. هذا المذهب.

جزم به فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، وشرح ابن منجا، والهداية، والمذهب، والخلاصة، وغيرهم. وقدمه فى الفروع.

قال فى الفائق: والهدية والصدقة، نوعان من الهبة. يكفى الفعل فيهما إيجاباً وقبولاً. على أصح الوجهين.

وقال فى الرعاية الصغرى: هما نوعا هبة.

وقيل يكفى الفعل قبولاً.

وقيل: وإيجاباً.

وقال فى الكبرى: ويكفى الفعل فيهما قبولاً. فى الأصح، كالقبض.

وقيل: وإيجاباً. كالدفع.

وقالا: ويصح قبضهما بلا إذن، ولا مضى مدة إمكانه. ولا يرجع فيهما أحد.

وقيل: إلا الأب.

(١) قطع به المصنف فى المغنى فى أول باب الهبة. المغنى (٦ / ٢٤٦).

(٢) قطع به الشرح فقال (والعطية تشمل الكل وكذلك النحل ومعانيها كلها متقاربة إلا أنه فى الغالب من أعطى شيئاً ينوى به التقرب إلى الله تعالى للمحتاجين سمي صدقة وإن رفع إلى غير محتاج للتقرب والحية فهى هبة ومن بعث على هذا لى إنسان مع غيره سمي هدية وكل ذلك مستحب مندوب إليه). الشرح (٦ / ٢٨٩).

١٥٤ كتاب الوقف

وقيل: بل يرجع فى الصدقة فقط على ولده الرشيد، إن كان قبضها، وعلى الصغير فيما له بيده منها. انتهى.

ونقل حنبل، والمروذى: لا رجوع فى الصدقة.

وقال فى المستوعب، وعيون المسائل، وغيرهما: لا يعتبر فى الهداية قبول للعرف. بخلاف الهبة.

وقال ابن عبدوس فى تذكرته: ولا رجوع فيهما لأحد، سوى أب.

فوائد

إحداها: وعاء الهدية كالهديّة مع العرف.

فإن لم يكن عرف رده. قاله فى الفروع.

قال الحارثي: لا يدخل الوعاء إلا ما جرت العادة به، كقوصرة التمر ونحوها.

الثانية: قال فى الرعاية الكبرى: إن قصد بفعله ثواب الآخر فقط. فهو صدقة.

وقيل: مع حاجة المتهب.

وإن قصد بفعله إكراماً وتودداً وتحبباً ومكافأة. فهو هدية.

قال الحارثي: ومن هنا اختصت بالمنقولات، لأنها تحمل إليه. فلا يقال: أهدي أرضاً، ولا داراً. انتهى. وغيرهما: هبة، وعطية، ونحلة.

وقيل: الكل عطية، والكل مندوب. انتهى.

وقال فى الحاوى الصغير: الهبة، والصدقة، والنحلة، والهداية، والعطية: معانيها متقاربة. واسم «العطية» شامل لجميعها. كذلك «الهبة».

و «الصدقة» و «الهدية» متغايران. فإن النبى ﷺ كان يأكل من الهدية دون الصدقة.

فالظاهر: أن من أعطى شيئاً يتقرب به إلى الله تعالى للمحتاج: فهو صدقة.

ومن دفع إلى إنسان شيئاً للتقرب إليه والحبّة له: فهو هدية^(١).

وجميع ذلك مندوب إليه، محثوث عليه. انتهى.

الثالثة: لو أعطى شيئاً - من غير سؤال، ولا استشراف، وكان ممن يجوز له أخذه - وجب عليه الأخذ. فى إحدى الروايتين.

(١) ذكره المصنف فى المغنى (٦ / ٢٤٦). وفى الشرح (٦ / ٢٨٩).

كتاب الوقف ١٥٥

اختاره أبو بكر في التنبيه، والمستوعب، للحديث في ذلك.

والرواية الثانية: لا يجب.

قال الحارثي: وهو مقتضى كلام المصنف وغيره من الأصحاب.

قالوا في الحج: لا يكون مستطيعاً ببذل غيره له. وفي الصلاة: لا يلزمه قبول السرة.

قلت: وهو الصواب.

وذكر الروایتين الخلال في جامعه، والمجد في شرحه. أطلقهم الحارثي .

قوله: ﴿أَمَّا الْمَرِيضُ غَيْرُ مَرَضِ الْمَوْتِ، أَوْ مَرَضًا غَيْرَ مَخُوفٍ. فَعَطَايَاهُ كَعَطَايَا الصَّحِيحِ، سَوَاءٌ. تَصَحَّ فِي جَمِيعِ مَالِهِ﴾.

هذا المذهب^(١). وعليه الأصحاب، ولو مات به.

وقال أبو الخطاب في الانتصار - في التيمم حكمه حكم مرض الموت المخوف.

فائدة: لو لم يكن مرضه مخوفاً حال التبرع، ثم صار مخوفاً: فمن رأس المال. حكاه السامري. واقتصر عليه الحارثي. اعتباراً بحال العطية.

تنبيه: مفهوم قوله: ﴿وَمَا قَالَ عَدْلَانِ مِنْ أَهْلِ الطَّبِّ: إِنَّهُ مَخُوفٌ. فَعَطَايَاهُ كَالْوَصِيَّةِ﴾.

أنه لا يقبل في ذلك عدل واحد مطلقاً. وهو صحيح. وهو المذهب^(٢).

وهو ظاهر ما جزم به في الوجيز، والفائق، والرعاية، والحاوي الصغير، وغيرهم. وقدمه في الشرح، والفروع.

وقيل: يقبل واحد عند العدم.. وهو قول الخرقي.

وذكر ابن رزين: المخوف عرفاً، أو بقول عدلين.

قوله: ﴿فَعَطَايَاهُ كَالْوَصِيَّةِ، فِي أَنَّهَا لَا تَجُوزُ لِوَارِثٍ. وَلَا تَجُوزُ لِأَجْنَبِيٍّ بِزِيَادَةٍ عَلَى الثَّلَاثِ، إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ، مِثْلُ الْهَبَةِ وَالْعَتَقِ وَالْكِتَابَةِ وَالْمَحَابَةِ﴾.

(١) قطع به صاحب الشرح فقال (لأنه لا يخاف منه في العادة). الشرح (٦ / ٢٨٩). والكانى (٢ / ٢٧٢). والمحرر (١ / ٣٧٧). والمغنى (٦ / ٥٠٥).

(٢) ذكره في الشرح (قال رجع إلى قول عدلين من الأطباء لأنهم أهل الخبرة بذلك ولا يقبل قول واحد لأنه يتعلق به حق الوارث). الشرح (٦ / ٢٩٠). الكانى (٢ / ٢٧٢). والمغنى (٦ / ٥٠٧).

١٥٦ كتاب الوقف

يعنى إذا مات من ذلك.
أما إذا عوفى: فهذه العطايا الصحيح.
تنبيه: تمثيله بالعق مع غيره: يدل على أنه يعتبر من الثلث. وهو صحيح. وهو المذهب^(١). وعليه الأصحاب.

وخرج ابن عقيل، والحلواني - من مفلس - رواية هنا بنفاذ عتقه من كل المال.

فائدتان

إحداهما: لو علق صحيح عتق عبده على شرط، فوجد الشرط فى مرضه.
فالصحيح من المذهب: أن يكون من الثلث.

قدمه فى الفروع، وغيره.

واختاره أبو بكر، وابن أبى موسى، وغيرهما.

وقيل: يكون من كل المال.

وحكاها القاضى فى خلافه روايتين.

ذكره فى القاعدة السابعة عشر بعد المائة.

وعمل الخلاف: إذا لم تكن الصفة واقعة باختيار المعلق. فإن كانت من فعله: فهو من الثلث بغير خلاف.

الثانية: المحاية لغير وارث: من الثلث. كما قال المصنف.

لكن لو حابه فى الكتابة: جاز. وكان من رأس المال. على الصحيح من المذهب.
قدمه فى الفروع.

ذكره القاضى فى موضع من كلامه. وأبو الخطاب فى رءوس المسائل.

قال الحارثى: هذا المذهب عند جماعة. منهم القاضى أبو الحسين، وأبو يعلى الصغير، والمجد. وهو أصح. انتهى.

وقيل: من الثلث.

اختاره المصنف هنا، والقاضى فى المجد، وأبو الخطاب فى الهداية، والسامرى فى المستوعب.

(١) ذكره صاحب الشرح (وإذا كانت العطية فى مرض مخوف اتصل به الموت فهى من ثلث المال ولما روى أبو هريره قال قال رسول الله ﷺ (إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم فى أعمالكم). رواه ابن ماجة الشرح (٦ / ٢٩١). والمغنى (٦ / ٤٩١). والمحزر (١ / ٣٧٧). الكافى (٢ / ٢٧٣).

كتاب الوقف ١٥٧

قلت: وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

واختلف فيها كلام أبي الخطاب.

وكذا حكم وصيته بكتابه. وإطلاقها يقتضى أن تكون بقيمته.

قوله: ﴿فَأَمَّا الْأَمْرَاضُ الْمُتَمَتَّةُ كَالسَّلِّ وَالْجُدَامِ، وَالْفَالَجِ فِي دَوَامِهِ. فَإِنْ صَارَ صَاحِبُهُ صَاحِبَ فِرَاشٍ، فَهِيَ مَخُوفَةٌ﴾. بلا نزاع. ﴿وَالْأَفْلَاحُ﴾.

يعنى وإن لم يصير صاحبها صاحب فراش، فعطاياه كعطايا الصحيح. وهو المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والفروع، والفائق، وغيرهم.

وصححه الزركشى، وغيره.

وقال أبو بكر فى الشافى: فيه وجه آخر: أن عطيته من الثلث. وهو رواية. عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى.

قوله: ﴿وَمَنْ كَانَ بَيْنَ الصَّفَيْنِ عِنْدَ الْحِمَامِ الْحَرْبِ، وَفِي لُجَّةِ الْبَحْرِ عِنْدَ هَيْجَانِهِ، أَوْ وَقَعَ الطَّاعُونُ فِي بَلَدِهِ، أَوْ قُدِّمَ لِيُقْتَصَّ مِنْهُ وَالْحَامِلُ عِنْدَ الْمَخَاضِ: فَهُوَ كَالْمَرِيضِ﴾.

يعنى المريض المرض المخوف. وهذا المذهب^(٣). وعليه الأصحاب فى الجملة.

وجزم به فى الوجيز، وغيره من الأصحاب.

وقدمه فى الفروع، وغيره.

وقيل: عن الإمام أحمد رحمه الله ما يدل على أن عطايا هؤلاء من المال كله.

وذكر كثير من الأصحاب هذه الرواية من غير صيغة تمرىض.

(١) ذكره فى المغنى كما فى الشرح. المغنى (٦ / ٥٠٥).

(٢) ذكره صاحب الشرح مقدما (فإن صار صاحبها صاحب فراش فهى مخوفة وإلا فلا. وقال القاضى إذا كان يذهب ويبنى فوصاياه من جميع المال) الشرح (٦ / ٢٩٢).

(٣) قطع به المصنف فى المغنى ثم (لأنه توقع التلف هنا كتوقع المرض أو أكثر فوجب أن يلحق به ولأن المرض إنما جعل مخوفا لخوف صاحبه التلف) المغنى (٦ / ٥٠٩). الكافى (٢ / ٢٧٢). والشرح (٦ / ٢٩٢). المحرر ١٠ / ٣٧٨. العمدة (٢٨٦).

١٥٨ كتاب الوقف

وقال الشارح، وغيره: ويحتمل أن الطاعون إذا وقع ببلده: أنه ليس بمخوف فإنه ليس بمريض، وإنما يخاف المرض. وما هو ببعيد.

وقال القاضي في المجرى: إن كان الغالب من الولي الاقتصاص: فمخوف. وإن كان الغالب من العفو: فغير مخوف.

تنبيه: قوله: ﴿وَمَنْ كَانَ بَيْنَ الصَّفَيْنِ عِنْدَ التَّحَامِ الْحَرْبِ﴾.

قال المصنف^(١)، والشارح، وصاحب الفائق، وغيرهم: إذا التحم الحرب واحتلقت الطائفتان للقتال. وكانت كل واحدة منهما مكافئة للأخرى أو مقهورة فأما القاهرة منهما بعد ظهورها: فليست خائفة.

قوله: ﴿قَالَ الْخُرْقِيُّ: وَكَذَلِكَ الْحَامِلُ إِذَا صَارَ لَهَا سِتَّةُ أَشْهُرٍ﴾.

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله.

وقدمه الحارثي، وقال: هذا المذهب^(٢). انتهى.

والمذهب الأول عند الأصحاب. نص عليه.

ولو قال المنصف «وقال الخرقى» بالواو لكان أولى.

وعنه: إذا أثقلت الحامل: كان مخوفاً، وإلا فلا. قال في الرعاية: وعند ثقل الحمل، وعند الطلق.

قوله: ﴿وَالْحَامِلُ عِنْدَ الْمَخَاضِ﴾.

يعنى: حتى تنجو من نفاسها، بلا نزاع.

قليل: سواء كان بها ألم في هذه المدة أو لا.

قدمه في الفروع، والفائق، والرعاية الكبرى.

وهو ظاهر كلامه في الصغرى، والحاوى الصغير.

قال الحارثي: وهو المنصوص.

(١) ذكره المصنف في المغنى بنصه وتمامه. المغنى (٦ / ٥٠٩). وكذلك في الشرح (٦ / ٢٩٢).

(٢) ذكر المصنف في المغنى (أن الحامل عطيتها من رأس المال ما لم يضربها المخاض فإذا ضربها المخاض فعطيتها من الثلث ووجه قول الخرقى أن ستة أشهر وقت يمكن الولادة فيه وهى من أسباب التلف والصحيح إن شاء الله أنها إن أضرب بها الطلق كان مخوفاً لأنه ألم شديد يخاف منه التلف فأشبهت صاحب سائر الأمراض المخوفة المغنى (٦ / ٥٠٨). وتبعه فى ذلك صاحب الشرح (٦ / ٢٩٣). والكاظمي (٢ / ٢٧٢). المحرر (١ / ٣٧٧).

وقيل: إنما يكون مخوفاً في هذه المدة إذا كان بها ألم.

قال في الفروع: هذا أشهر.

قال في الكافي^(١): ولو وضعت، وبقيت معها المشيمة، أو حصل مرض، أو ضربان، فمخوف، وإلا فلا.

قال الحارثي: الأقوى: أنه إن لم يكن وجع فغير مخوف. واختاره المصنف.

فوائد

منها: حكم السقط، حكم الولد التام. قاله المصنف في المغنى، وغيره.

قال في الرعاية الكبرى: وإن ولدت صغيراً، أو بقى مرض، أو وجع وضربان شديد، أو رأت دمًا كثيراً، أو مات الولد معها، أو قتل - وقيل: أو أسقطت ولداً تاماً - فهو مخوف. انتهى.

وإن وضعت مضغة: فعطايا كعطاياها الصحيح. على الصحيح من المذهب. قدمه في الفروع.

قال في المغنى^(٢)، والشرح^(٣): فعطاياها كعطاياها الصحيح. إلا مع ألم.

قال في الرعاية الكبرى - بعد أن قدم عطاياها كعطاياها الصحيح - وقيل: أو وضعت مضغة، أو علقه، مع ألم أو مرض.

وقيل: لا حكم لهما بلا ألم ولا مرض.

ومنها: حكم من حبس للقتل: حكم من قدم ليقتنص منه^(٤).

ومنها: الأسير. فإن كان عادتهم القتل: فحكمه حكم من قدم ليقتنص منه على الصحيح من المذهب.

وعنه: عطاياه من كل المال.

وإن لم تكن عادتهم القتل: فعطاياه من كل المال. على الصحيح من المذهب.

وعنه: من الثلث. نص عليه.

واختاره أبو بكر. وتأولها القاضي على من عادتهم القتل.

(١) ذكره صاحب الكافي بنصه وتمامه (الكافي ٢ / ٢٧٢).

(٢) ذكره في المغنى بنصه وتمامه. المغنى (٦ / ٥٠٩).

(٣) ذكره في الشرح بنصه وتمامه. الشرح (٦ / ٢٩٤).

(٤) ذكره في المحرر فقال (أو قدم ليقتنص منه) المحرر (١ / ٣٧٨).

١٦٠ كتاب الوقف

ومنها: لو جرح جرحاً موحياً: فهو كالمريض مع ثبات عقله وفهمه. على الصحيح من المذهب.

جزم به في الفائق وغيره. قدمه في الفروع وغيره.

وقال في الرعاية: إن فسد عقله - وقيل: أو لا - لم تصح وصيته.

ومنها: حكم من ذبح أو أبينت حشوته - وهي أمعاؤه - لاخرقها وقطعها فقط. ذكره المصنف^(١) وغيره: حكم الميت.

ذكره المصنف، وغيره في الحركة في الطفل، وفي الجناية.

قال الحارثي: ذكره الأصحاب.

وقال المصنف هنا: لاحكم لعطيته ولا لكلامه.

قال في الفروع: ومراده أنه كميته.

وذكر المصنف أيضاً في فتاويه: إن خرجت حشوته ولم تَبِنْ، ثم مات ولده: ورثه.

وإن أبينت، فالظاهر: أنه يرثه. لأن الموت زهوق النفس وخروج الروح. ولم يوجد. ولأن الطفل يرث ويورث بمجرد استهلاله. وإن كان لا يدل على حياة أثبت من حياة هذا. انتهى.

قال في الفروع: وظاهر هذا من الشيخ: أن من ذبح ليس كميته، مع بقاء روحه. انتهى.

قال في الرعاية: ومن ذبح أو أبينت حشوته: فقله: لغو.

وإن خرجت حشوته، أو اشتد مرضه وعقله ثابت - كعمر، وعلى رضى الله عنهما - صح تصرفه وتبرعه ووصيته.

قوله: ﴿وَإِنْ عَجَزَ الثَّلَاثُ عَنِ التَّبَرُّعَاتِ الْمَنْجُزَةِ: بُدِئَ بِالْأَوَّلِ فَالْأَوَّلِ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب.

وعنه يقدم العتق.

وعنه يقسم بين الكل بالخصص، كالوصايا. وهو وجه في المحرر^(٢).

(١) ذكره المصنف في المغنى فقال (من تحقق تعجيل موته ننظر فيه فإن كان عقله قد اختل مثل من ذبح أو أبينت حشوته فهذا لاحكم لكلامه ولا لعطيته لأنه لا يبقى له عقل ثابت). المغنى (٦ / ٥٠٦).

(٢) ذكره في المحرر قال (إذا أضاف الثلث عن العطايا وزع بين الكل وعنه يقدم العتق وعنه يبدأ الأول فالأول من العطايا ثم بالوصايا مسوى فيها بين متقدمها ومتأخرها. وهو الصحيح) المحرر (١ / ٣٨١).

كتاب الوقف ١٦١

قال الحارثي: وليس بشيء.

قوله: ﴿وَإِنْ تَسَاوَتْ: قُسِمَ بَيْنَ الْجَمِيعِ بِالْحِصَصِ﴾.

إن لم تكن فيها عتق، ووقعت دفعة واحدة: قسم الثلث بينهم بالحصص بلا نزاع. وإن كان فيها عتق: فكذلك. على الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. قطع به كثير منهم.

وقال الحارثي في العتق: يقرع بينهم. فيكمل العتق في بعضهم، كما في حال الوصية.

وعنه يقدم العتق. قدمه في الهداية، والمستوعب. وأطلقهما في المذهب، والشرح^(١).

قوله: ﴿وَأَمَّا مُعَاوِضَةُ الْمَرِيضِ بِثَمَنِ الْمَثَلِ: فَتَصِحَّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَإِنْ كَانَتْ مَعَ وَارِثٍ﴾.

إن كانت المعاوضة في المرض - مع غير الوارث - بثمان المثل: صحت من رأس المال بلا نزاع.

وإن كانت مع وارث - والحالة هذه - فكذلك. على الصحيح من المذهب، وعليه جماهير الأصحاب.

وجزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى^(٢)، والمحرر^(٣)، والشرح^(٤)، والفروع، والرعائيتين، والحاوي الصغير، والحارثي، وغيرهم.

ويحتمل أن لا يصح لوارث. لأنه خصه بعين المال. وهو لأبي الخطاب في الهداية في الوصية.

قال في الفروع: وعنه تصح مع وارث بإجازة.

(١) ذكر الإطلاق صاحب الشرح فقال فيه روايتان إحداهما: يقدم العتق لتأكيده - والثانية - يسوى بين الكل لأنها حقوق تساوت في استحقاقها فتساوت في تنفيذها كما لو كانت من جنس واحد لأن استحقاقها حصل في حال واحدة). الشرح (٦ / ٢٩٦).

(٢) ذكره المصنف في المغنى كما في الترح. المغنى [٦ / ٥١٥].

(٣) ذكره في المحرر مقدماً. المحرر (١ / ٣٧٩).

(٤) جزم به في الشرح مقدماً. الشرح (٦ / ٢٩٨).

١٦٢ كتاب الوقف

واختاره فى الانتصار، فى مسألة إقرار المريض لوارث بماله.
فائدة: لو قضى بعض الغرماء دينه - وتركته تفى ببقية دينه - صح. على الصحيح
من المذهب. نص عليه.

وقدمه فى المستوعب، والرعايتين، والحاوى الصغير، والهداية، والمذهب،
والخلاصة.

قال فى الفروع: ونصه يصح مطلقاً. وصححه فى النظم.
وقال أبو الخطاب، وابن البنا: لا يصح إلا قضاؤهم بالتسوية إذا ضاق ماله. ذكره
فى المستوعب.

قوله: ﴿وَإِنْ حَابَى وَارِثُهُ، فَقَالَ الْقَاضِي: يَبْطُلُ فِى قَدْرِ مَا حَابَاهُ، وَيَصِحُّ فِيمَا
عَدَاهُ﴾.

وهو الصحيح من المذهب.
جزم به فى المغنى، والشرح^(١)، وشرح ابن منجا، والوجيز، وغيرهم.
وقدمه فى المحرر^(٢)، والفروع، والحرثى. وقال: هذا المذهب.
وصححه فى الرعايتين، والحاوى الصغير.
وعنه: لا يصح البيع مطلقاً. اختاره فى المحرر^(٣).
وعنه: يدفع قيمته باقيه، أو يفسخ البيع.
قال الحرثى: ويأتى - فى باب الوصايا - أن الأشهر للأصحاب: انتفاء النفوذ عند
عدم الإجازة. فيقيد ما قال هنا - من البطلان - بعدم الإجازة. انتهى.
ويأتى فى أواخر فصل «وتفارق العطية الوصية» حكم ما إذا حابى أجنبيًا.
قوله: ﴿وَإِنْ بَاعَ الْمَرِيضُ أَجْنَبِيًّا، وَحَابَاهُ - وَكَانَ شَفِيعُهُ وَارِثًا - فَلَهُ الْأَخْذُ
بِالشُّفْعَةِ. لِأَنَّ الْمَحَابَةَ لِيُغَيِّرَهُ﴾.

وهذا المذهب. جزم به فى المحرر^(٤)، والوجيز، وشرح ابن منجا.

(١) قطع به فى الشرح فقال (لأنه تبرع له بنصف الثمن فبطل التصرف فيما تبرع له به وللمشترى الخيار.

لأن الصفقة تبعضت فى حقه) الشرح (٦ / ٢٩٨).

(٢) ذكره صاحب المحرر (١ / ٣٧٩).

(٣) ذكره صاحب المحرر فقال (وعنه يبطل بيع الكل مع الوارث) المحرر (١ / ٣٨٠).

(٤) قطع به صاحب المحرر وذكر بنصه وتماه. المحرر (١ / ٣٨٠).

كتاب الوقف ١٦٣

قال فى الفروع: أخذ شفيعة الوارث بالشفعة فى الأصح.

وقدمه فى الشرح^(١)، والمغنى، والحرثى، وقال: هذا الأشهر.

وقيل: لا يملك الوارث الشفعة هنا.

وهو احتمال فى المغنى، والشرح^(٢).

قال الحرثى، والمغنى: فى الشفعة وجه لا شفعة له.

قوله: ﴿وَيُعْتَبَرُ الثَّلَاثُ عِنْدَ الْمَوْتِ. فَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا لَا يَمْلِكُ غَيْرُهُ ثُمَّ مَلَكَ مَا لَا يَخْرُجُ مِنْ ثُلَاثِهِ: تَبَيَّنَا أَنَّهُ عَتَقَ كُلَّهُ، وَإِنْ صَارَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُهُ: لَمْ يُعْتَقْ مِنْهُ شَيْءٌ﴾.

هذا المذهب^(٣). نص عليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

قال الحرثى: فى اعتبار الثلث فى الوصية بحال الوصية: خلاف. فيجوز مثله فى العطية. على القول به، وأولى.

قال: وهذا الوجه أظهر.

قال: ومن الأصحاب من أورد رواية، أو وجهاً: يعتق ثلث العبد فيما إذا كان عليه دين يستغرق العبد.

فائدة: قوله: ﴿وَتُفَارِقُ الْعَطِيَّةُ الْوَصِيَّةَ فِي أَشْيَاءٍ: أَحَدُهَا: أَنَّهُ يُبْدَأُ بِالْأَوَّلِ فَالْأَوَّلِ مِنْهَا. وَالْوَصَايَا يُسَوَّى بَيْنَ الْمُتَقَدِّمِ وَالْمُتَأَخِّرِ مِنْهَا﴾.

هذا صحيح. لكن لو اجتمعت العطية والوصية، وضاق الثلث عنهما، فالصحيح من المذهب: أن العطية تقدم. وعليه الأصحاب.

وحزم به فى المغنى^(٤)، والشرح^(٥)، والنظم، وغيرهم.

(١) ذكره فى الشرح فقال (لأن المحاباة لغيره يعنى إذا باع شقصاً تحب فيه الشفعة لأنها وقعت للأجنبي فأشبه ما لو وصى لغيره وارثه). الشرح (٦ / ٣٠٠)

(٢) ذكر الاحتمال صاحب الشرح فقال (ويحتمل أن لا يملك الوارث الشفعة ههنا لإنضائه إلى جعل سبيل للإنسان إلى إثبات حق وارثه فى المحاباة). الشرح (٦ / ٣٠٠).

(٣) ذكره صاحب الشرح فقال (ولأن الدين يقدم على الوصية لما روى عن على رضى الله عنه أن النبى ﷺ قضى بالدين قبل الوصية) الشرح (٦ / ٣٠٠). الكافى (٢ / ٢٧٤). المحرر (١ / ٣٧٩).

(٤) قطع به صاحب المغنى فقال (لأن العطية لازمة فى حق المريض فقدمت على الوصية كعطية الصحة أو فقدمت على العتق كعطية الصحة). المغنى (٦ / ٤٩٢).

(٥) قطع به أيضاً صاحب الشرح كما فى المغنى. الشرح (٦ / ٣٠١).

وقدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، وغيرهم.

وصححه في المحرر^(١)، وغيره.

وعنه: التساوى. قدمه في المحرر^(٢). لكن صحح الأول، كما تقدم.

وعنه: يقدم العتق.

قال في الرعاية الكبرى، قلت: إن كانت الوصية فقط مما يخرج من أصل المال: قدمت. وأخرجت العطية من الثلث الباقي.

فإن أعتق عبده ولم يخرج من الثلث، فقال الورثة: أعتقه في مرضه. وقال العبد: بل في صحته: صدق الورثة. انتهى.

فائدة: قوله: ﴿وَإِنْ بَاعَ مَرِيضٌ قَفِيزًا لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ يُسَاوِي ثَلَاثِينَ بِقَفِيزِ يُسَاوِي عَشْرَةً. فَاسْقِطْ قِيَمَةَ الرَّدِيِّ مِنْ قِيَمَةِ الْجَيِّدِ. ثُمَّ انْسُبِ الثُّلُثَ إِلَى الْبَاقِي. وَهُوَ عَشْرَةٌ مِنْ عِشْرِينَ، تَجِدُهُ نِصْفَهَا. فَيَصِحُّ الْبَيْعُ فِي نِصْفِ الرَّدِيِّ، وَيَبْطُلُ فِيمَا بَقِيَ﴾. بلا نزاع.

وإن شئت في عملها أيضاً. فانسب ثلث الأكثر من الحاباة. فيصح البيع فيهما بالنسبة - وهو هنا نصف الجيد - بنصف الرديء.

وإن شئت فاضرب ما حاباه في ثلاثة: يبلغ ستين. ثم انسب قيمة الجيد إليه. فهو نصفها. فيصح بيع نصف الجيد بنصف الرديء.

وإن شئت فقل: قدر الحاباه الثلثان، ومخرجهما ثلاثة. فخذ للمشتري سهمين منه، وللورثة أربعة. ثم انسب المخرج إلى الكل بالنصف. فيصح بيع أحدهما بنصف الآخر.

وبالجبر؛ يصح بيع شيء من الأعلى بشيء من الأدنى. قيمته ثلث شيء من الأعلى. فتكون الحاباة بثلاثي شيء منه. فألقها منه. فيبقى قفيز إلا ثلثي شيء. يعدل متلى الحاباة منه. وهو شيء وثلث شيء. فإذا جبرت وقابلت عدل شيئين. فالشئ نصف قفيز.

(١) ذكره في المحرر فقال (يوزع بين الكل وعنه يقدم العتق - وعنه يبدأ بالعطايا وهو الصحيح) المحرر (٣٨١/١).

(٢) ذكره صاحب المحرر مقدماً. المحرر (٣٨١ / ١).

كتاب الوقف ١٦٥

وإنما فعل هذا لثلا يفضى إلى ربا الفضل.

فلو كان لا يحصل فى ذلك ربا. مثل ما لو باعه عبداً يساوى ثلاثين - لا يملك غيره - بعشرة. ولم تجز الورثة. فالصحيح من المذهب: صحة بيع ثلثه بالعشرة، والثلاثان كالهبة. فيرد الأجنبى نصفهما. وهو عشرة. ويأخذ عشرة بالمحاباة لنسبتها من قيمته.

قدمه فى المحرر^(١)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع.

قال الحارثى: اختاره القاضى، ومن وافقه.

وعنه: يصح فى نصفه بنصف ثمنه، كالأولى. لنسبة الثلث من المحاباة. فصح بقدر النسبة. ولا شىء للمشتري سوى الخيار.

اختاره فى المغنى^(٢)، والمحرر^(٣).

ولك عملها بالجبر، فتقول: يصح البيع فى شىء بثلاث شىء. فيبقى العبد إلا ثلثى شىء، يعدله شيئاً وثلاثاً. فأجبر وقابل، ويبقى عبد يعدل شيئين. فالشىء نصفه فيصح بيع نصف العبد بنصف الثمن.

لأن المسألة تدور بأن مانفذ البيع فيه خارج من التركة. وما قابله من الثمن داخل فيها.

ومعلوم أن ما ينفذ فيه البيع يزيد بقدر زيادة التركة. وينقص بقدر نقصانها، وتزيد التركة بقدر زيادة المقابل الداخل. ويزيد المقابل بقدر زيادة المبيع. وذلك دور.

وعنه: يصح البيع، ويدفع بقية قيمته عشرة، أو يفسخ.

قال الحارثى: وهو ضعيف. وأطلقهن.

فعلى المذهب: لو كانت المحاباة مع وارث: صح البيع - على الأصح - فى ثلثه ولا محاباة.

وعلى الرواية الثالثة: يدفع بقية قيمته عشرين، أو يفسخ.

وإذا أفضى إلى إقالة بزيادة، أو ربا الفضل: تعينت الرواية الوسطى. كالمسألة التى ذكرت أولاً، ونحوها.

(١) ذكره فى المحرر مقدماً انظر المحرر (١ / ٣٨٠).

(٢) ذكره المصنف فى المغنى وذكر قول القاضى. ثم قال (لأنه مقابله بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذ جميعه بمجمعيه فصح ذلك). المغنى (٦ / ٥١٥).

(٣) ذكره فى المحرر قال (وعلى الروايتين للمشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه) والمحرر (١ / ٣٨٠).

١٦٦ كتاب الوقف

قوله: ﴿وَإِنْ أَصْدَقَ امْرَأَةٌ عَشْرَةَ لِمَالٍ لَهُ غَيْرُهَا. وَصَدَاقُ مِثْلِهَا خَمْسَةٌ. فَمَاتَ قَبْلَهُ. ثُمَّ مَاتَ: فَلَهَا بِالصَّدَاقِ خَمْسَةٌ وَشَيْءٌ بِالمَحَابَةِ. رَجَعَ إِلَيْهِ بِصَفِّ ذَلِكَ بِمَوْتِهَا. صَارَ لَهُ سَبْعَةٌ وَنِصْفُ شَيْءٍ يَغْدِلُ شَيْئَيْنِ، اجْتَبَرَهَا بِنِصْفِ شَيْءٍ، وَقَابِلُ يَخْرُجُ الشَّيْءُ ثَلَاثَةً. فَلِوَرَثَتِهِ سِتَّةٌ. وَلِوَرَثَتِهَا أَرْبَعَةٌ﴾.

وهذا بلا نزاع.

وقوله: ﴿وَإِنْ مَاتَ قَبْلَهَا: وَرَثَتُهُ وَسَقَطَتِ المَحَابَةُ. نَصَّ عَلَيْهِ﴾.

وهذا الصحيح من المذهب. نص عليه.

وقدمه في المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والفائق، وشرح ابن منجا، والرايعتين، والحاوي الصغير. وصححه الناظم.

وعنه: ﴿تُعْتَبَرُ المَحَابَةُ مِنَ الثَّلَاثِ. قَالَ أَبُو بَكْرٍ: هَذَا قَوْلٌ قَدِيمٌ رَجَعَ عَنْهُ﴾.

قال الحارثي^(٣): قول أبي بكر «إنه مرجوع عنه» لا دليل عليه من تاريخ ولا غيره. وفيه وجه: إن ورثته: فوصية لوارث.

قال في الفروع: وزيادة مريض على مهر المثل: من ثلثه. نص عليه.

وعنه: لا يستحقها. صححها ابن عقيل، وغيره.

قال الإمام أحمد رحمه الله: هي كوصية لوارث.

فائدتان

إحداهما: لو وهبها كل ماله. فماتت قبله: فلورثته أربعة أخماسه. ولورثتها خمسة^(٤).

ويأتى في باب الخلع «إذا خالعهها، أو حاباها، أو خالعتة في مرض موتها».

الثانية: قال في الانتصار: له لبس الناعم وأكل الطيب لحاجته. وإن فعله لتفويت الورثة منع من ذلك. وقاله المصنف، وتبعه الحارثي.

(١) قطع به المصنف في المغنى فقال (إن مات فيها فإن ورثته بطلب المحابة إلا أن يجيزها الورثة). المغنى (٦) / ٥١٧

(٢) جزم به في الشرح كما المغنى (٦) / ٣٠٩.

(٣) ذكر صاحب الشرح قول أبي بكر. انظر الشرح (٦) / ٣٠٩.

(٤) ذكره بتفصيله في المغنى (٦) / ٥١٨.

كتاب الوقف ١٦٧

وفى الانتصار أيضاً: يمنع إلا بقدر حاجته وعادته. وسلمه أيضاً. لأنه لا يستدرك، كإتلافه.

وجزم به الحلوانى فى الحجر.

وجزم به غير الحلوانى أيضاً، وابن شهاب.

وقال: لأن حق الورثة لم يتعلق بعين ماله.

قوله: ﴿وَلَوْ مَلَكَ بَنَ عَمِّهِ، فَأَقَرَّ فِي مَرَضِهِ: أَنَّهُ أَعْتَقَهُ فِي صِحَّتِهِ﴾. عَتَقَ ﴿وَلَمْ يَرِثْهُ. ذِكْرُهُ أَبُو الْخَطَّابِ﴾. والسامري وغيرها ﴿لَأَنَّهُ لَوْ وَرِثَهُ كَانَ إِقْرَارُهُ لَوَارِثٍ﴾.

قال فى الرعاية الكبرى: هذا أقيس. وقدمه فى الشرح^(١).

والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله: أنه يعتق ويرث. وهو المذهب.

وقدمه فى المحرر^(٢)، والرعايتين، والنظم، والحاوى الصغير، والفروع، وغيرهم.

وهو احتمال فى الشرح^(٣). قال الحارثى: هذا المذهب.

فعلى المذهب: يعتق من رأس ماله. على الصحيح. نص عليه.

وقيل: من الثلث.

فعلى الصحيح المنصوص: لو اشترى ابنه بخمسائة، وهو يساوى ألفاً. فقدّر

الحجابة: من رأس ماله.

فوائد

الأولى: لو اشترى من يعتق على وارثه: صح. وعتق على وارثه.

وإن دبر ابن عمه: عتق. والمنصوص: لا يرث.

وقيل: يرث.

الثانية: لو قال «أنت حر فى آخر حياتى» عتق.

قال فى الفروع: والأشهر أنه يرث. وليس عتقه وصية له. فهو وصية لوارث.

(١) ذكره صاحب الشرح (وذكر قياس قول أبى الخطاب بأنه يعتق ثلثاه ولا يرث لأنه لو ورث لكان إعتاقه وصية له فيبطل إعتاقه ثم يبطل إرثه فيؤدى تورثه الى إبطال تورثه). الشرح (٦ / ٣١٣).

(٢) قطع به صاحب المحرر (١ / ٣٧٨).

(٣) ذكره الاحتمال صاحب الشرح فقال (ويحتمل أن يعتق كله ويرث) الشرح (٦ / ٣١٣).

١٦٨ كتاب الوقف

الثالثة: لو علق عتق عبده بموت قريبه: لم يرثه. ذكره جماعة. وقدمه في الفروع.
قال القاضي: لأنه لاحق له فيه.
قال في الفروع: ويتوجه الخلاف.
الرابعة: لو علق عتق عبده على شيء، فوجد وهو مريض: عتق من ثلث ماله.
على الصحيح من المذهب.
وقيل: من كله.
ويأتي في آخر كتاب العتق «لو أعتق بعض عبد، أو دبره في مرض موته»
وأحكام آخر.
قوله: ﴿وَكَذَلِكَ عَلَى قِيَاسِهِ: لَوْ اشْتَرَى ذَا رَحِمِهِ الْحَرَمَ فِي مَرَضِهِ، وَهُوَ وَارِثُهُ،
أَوْ وَصَّى لَهُ، أَوْ وَهَبَ لَهُ فَقَبِلَهُ فِي مَرَضِهِ﴾.
يعنى أنه يعتق ولا يرث، على قول أبي الخطاب ومن تبعه.
قال في الرعاية، فيما إذا قبل الهبة أو الوصية: هذا أقيس.
﴿وَقَالَ الْقَاضِي: يَرِثُهُ﴾.
وهو المذهب. نص عليه. وصححه الشارح.
وقدمه في المحرر^(١)، والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، وغيرهم.
وعنه: لا يصح الشراء إذا كان عليه دين.
وقيل: يصح الشراء ويبيع. ذكره في الرعاية.
فعلى المذهب: إذا ملك من يعتق بهبة أو وصية. فإنهم يعتقون من رأس المال.
على الصحيح من المذهب. نص عليه.
قال في الفروع: فمن رأس ماله في المنصوص.
وقدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير.
وجزم به في المحرر^(٢)، وغيره. واختاره المصنف، وغيرهما.

(١) قطع به في المحرر فقال [أو اشترى ذَا رَحِمٍ يَعْتَقُ عَلَيْهِ مِنْ يَرِثُهُ عَتَقَ وَوَرِثَ نَصَ عَلَيْهِ] المحرر (١) / ٣٧٨.

(٢) ذكره صاحب المحرر مقدماً فقال (ولو ملك من يصف عليه بهبة أو وصية عتق من رأس المال ورث على المنصوص) المحرر (١) / ٣٧٨.

كتاب الوقف ١٦٩

وقيل: من الثلث. ذكره في الفروع، والرعاية، وغيرهما.

قلت: اختاره القاضي، وابن عقيل. قاله الحارثي.

وعلى المذهب أيضاً: لو اشترى من يعتق عليه بالرحم: فإنه يعتق من الثلث. على الصحيح من المذهب. نص عليه.

وقدمه في المحرر^(١)، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، والنظم.

واختاره القاضي، وابن عقيل.

وعنه: يعتق من رأس مال. اختاره المصنف، الحارثي، وغيرهما.

ويرث أيضاً. اختاره جماعة. منهم القاضي، وابنه، وأبو الحسين، وابن بكروس، والمجد، والحارثي، وغيرهم.

قال في المحرر^(٢)، وغيره: فإذا أعتقناه من الثلث، وورثناه. فاشترى مريض أباه بثمان لا يملك غيره، وترك ابنا: عتق ثلث الأب على الميت. وله ولاؤه وورث بثلثه الحر من نفسه ثلث سدس باقيها الموقوف، ولم يكن لأحد ولاء على هذا الجزء. وبقية الثلثين إرث يعتق عليه، وله ولاؤه.

إذا لم تورثه: فولأؤه بين ابنه وابن ابنه أثلاثاً.

قال في القاعدة السابعة والخمسين: لو اشترى مريض أباه بثمان لا يملك غيره - وهو تسعة دنائير - وقيمة الأب: ستة. فقد حصل منه عطيتان من عطايا المريض: محابة البائع بثلث المال، وعتق الأب، وإذا قلنا: إن عتقه من الثلث. وفيه وجهان. أحدهما: - وهو قول القاضي في الجرد، وابن عقيل في الفصول - يتحصان.

والثاني: تنفذ المحابة. ولا يعتق الأب. وهو اختيار صاحب المحرر.

قوله: ﴿وَلَوْ أَعْتَقَ أَمَتَهُ وَتَزَوَّجَهَا فِي مَرَضِهِ: لَمْ تَرِثْهُ، عَلَى قِيَاسِ الْأَوَّلِ﴾.

وهو أحد الوجهين.

واختاره ابن شاقلا في تعاليقه، وصاحب التلخيص.

قلت: فيعابى بها، وبأشباهاها مما تقدم. لكونهم ليس فيهم من موانع الإرث شيء ولا يرثون.

(١) قطع به في المحرر كما ذكرت في النقطة قبل السابقة. المحرر (١ / ٣٧٨).

(٢) ذكره في المحرر بنصه وتامه. المحرر (١ / ٣٧٨).

١٧٠ كتاب الوقف

وقال القاضى: ترثه. وهو المذهب. نص عليه.

وجزم به فى الشرح^(١)، وغيره.

وقدمه فى المحرر^(٢)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والنظم، وغيرهم.

قال الحارثى: هو المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. منهم القاضى، وابن عقيل،

والشريف أبو جعفر.

فائدة: عتقها يكون من الثلث. إن خرجت من الثلث: عتقت. وصح النكاح. وإن

لم تخرج: عتق قدره. وبطل النكاح. لا تنفاء شرطه.

قوله: ﴿وَلَوْ أَعْتَقَهَا وَقِيمَتُهَا مِائَةٌ. ثُمَّ تَزَوَّجَهَا، وَأَصْدَقَهَا مِائَتَيْنِ، لَأَمَالَ لَهُ

سِوَاهُمَا، وَهِيَ مَهْرُ مِثْلِهَا. ثُمَّ مَاتَ: صَحَّ الْعِتْقُ. وَلَمْ تَسْتَحِقَّ الصَّدَاقَ، لِثَلَاثِ يَفْضَى

إِلَى بَطْلَانِ عِتْقِهَا. ثُمَّ يَبْطُلُ صَدَاقُهَا﴾.

قال المصنف: هذا أولى. وقال القاضى: يستحق المائتين ويعتق.

فائدتان

إحداهما: لو تزوج فى مرض الموت بمهر يزيد على مهر المثل. ففى الحباة روايتان.

إحداهما: هى موقوفة على إجازة الورثة. لأنها عطية لوارث^(٣).

والثانية: تنفذ من الثلث. نقلها المروذوى، والأثرم، وصالح، وابن منصور والفضل

ابن زياد.

قاله فى القاعدة السابعة والخمسين.

الغاية: لو أصدق المائتين أجنبية - والحالة ما ذكر - صح، وبطل العتق فى ثلثى

الأمة. لأن الخروج من الثلث معتبر بحالة الموت.

وهكذا لو تلفت المائتان قبل موته.

قوله: ﴿وَإِنْ تَبَرَّعَ بِثُلْثِ مَالِهِ. ثُمَّ اشْتَرَى أَبَاهُ مِنَ الثُّلُثَيْنِ. فَقَالَ الْقَاضِى: يَصَحُّ

الشَّرَاءُ﴾.

(١) قطع به فى الشرح وذكره مقدماً (ثم قال ولنا أن العتق فى هذه الحالة وصية بما لا يلحقه الفسخ

فيجب تصحيحه للوارث كالعفو عن العمد فى مرضه فإنه لا يسقط ميراثه ولا تبطل الوصية) الشرح

(٦ / ٣١٤).

(٢) ذكره فى المحرر (قال نص عليه) المحرر (١ / ٣٧٨).

(٣) ذكره المصنف فى المغنى (٦ / ٥١٧).

كتاب الوقف ١٧١

ولا يعتق لأنه جعل الشراء وصية. لأن تبرع المريض إنما ينفذ في الثلث. ويقدم الأول فالأول.

وجزم بهذا ابن منجا في شرحه. وهو المذهب.

قدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير.

وعلى قول من قال: ليس الشراء بوصية: يعتق الأب، وينفذ من التبرع قدر ثلث المال حال الموت، وما بقي فلأب سدسه، وباقيه للأبن. وأطلقهما في الشرح^(١).

قال الحارثي - في هذه المسألة - قال الأصحاب: يصح الشراء. وهل يعتق ويرث؟

إن قيل: يعتق ذى الرحم المحرم من الثلث: فلا عتق ولا إرث.

وإن قيل يعتقه من رأس المال: عتق ونفذ التبرع من ثلث المال. وكذا فيما زاد.

* * *

(١) ذكر الإطلاق صاحب الشرح فقال: (فعلى قول من قال: ليس الشراء بوصية يعتق الأب وينفذ من التبرع قدر ثلث المال حال الموت وما بقي فلأب سدسه وباقيه للأبن - على قول القاضى - ومن جعله وصية لا يعتق الأب لأن تبرع المريض إنما ينفذ في الثلث ويقدم الأول فالأول وإذا قدم التبرع لم يبق من الثلث شيء ويرثه الابن فيعتق عليه لا يرث لأنه إنما عتق بعد الموت) الشرح (٦ / ٣١٥).

كتاب الوصايا

قوله: ﴿وَهِيَ الْأَمْرُ بِالتَّصَرُّفِ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَالْوَصِيَّةُ بِالْمَالِ: هِيَ التَّسَرُّعُ بِهِ بَعْدَ الْمَوْتِ^(١)﴾.

هذا الحد هو الصحيح. حزم به في الوجيز وغيره.

وصححه في الشرح^(٢)، وغيره.

وقدمه في المستوعب، وغيره.

وقال أبو الخطاب: هي التبرع بما يقف نفوذه على خروجه من الثلث. فعلى قوله: تكون العطية في مرض الموت وصية. والصحيح خلافه.

قال في المستوعب: وفي حده اختلاف من وجوه.

أحدها: أنه يدخل فيه تبرعه بهباته وعطاياه المنحزة في مرض موته. وذلك لا يسمى وصية.

ويخرج منه: وصية بما زاد على الثلث. فإنها وصية صحيحة موقوفة على إجازة الورثة.

ويخرج منه أيضاً: وصية بفعل العبادات، وقضاء الواجبات، والنظر في أمر الأصاغر من أولاده، وتزويج بناته، ونحو ذلك.

تنبيه: قوله: ﴿وَتَصَحُّ مِنَ الْبَالِغِ الرَّشِيدِ، عَدْلًا كَانَ أَوْ فَاسِقًا، رَجُلًا أَوْ امْرَأَةً، مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا﴾.

هذا صحيح بلا نزاع في الجملة.

وقد شمل العبد. وهو صحيح. ذكره الأصحاب. منهم المصنف^(٣)، وغيره.

(١) تعريف الوصية عرفها صاحب الروض المربع: لغة جمع وصية مأخوذة من وصيت الشيء إذا وصله فالوصى وصل ما كان له في حياته بما بعد موته: واصطلاحاً: الأمر بالتصرف بعد الموت أو التبرع بالمال بعده، الروض المربع (٢/٢٤٥) وعرفها في المغنى (بأنها: هي التبرع به بعد الموت، المغنى (٤١٤/٦) وعرفها صاحب الشرح بأنها - الأمر بالتصرف بعد الموت). الشرح (٤١٤/٦) وعرفها في الكافي (التبرع بعد الموت) الكافي (٢/٢٦٥).

(٢) ذكره هكذا في الشرح فقال (هي الأمر بالتصرف بعد الموت والوصايا جمع وصية مثل العطايا جمع عطية والوصية بالمال هي التبرع بعد الموت) الشرح (٤١٤/٦).

(٣) ذكره المصنف في المغنى ولكنه قيد وصية العبد أن يعتق قبل أن يموت أما قبل ذلك فلا تصح منه الوصية لأنه يفارق الحر بأنه لا مال له) المغنى (٥٣٠/٦).

كتاب الوصايا ١٧٣

فإن كان فيما عدا: فصحيح.
 وإن كان في المال. فإن مات قبل العتق: فلا وصية على المذهب. لانتفاء ملكه.
 وإن قيل يملك بالتملك: صحت. ذكره بعض الأصحاب.
 والمكاتب والمدبر وأم الولد كالقن.
 وشمل كلامه أيضًا: المحجوز عليه لفلس. فنصح حتى لو كانت الوصية بعين من ماله. لأنه قد يتحول ما بقى من الدين. فلا يتعين المال الأول إذن للغرماء.
 وإن مات قبل ذلك لغت الوصية.
 قال في الكافي^(١) وغيره: هذا إذا لم يعاين الموت.
 فأما إذا عاين الموت: لم تصح وصيته. لأن الوصية قول. ولا قول له، والحالة هذه.
 وتقدم في آخر الباب الذي قبله قبل قوله: «والحامل عند المخاض» ما يتعلق بذلك، فليراجع.
 قوله: «مسلمًا كان أو كافرًا» تصح وصية المسلم بلا نزاع.
 وكذا تصح وصية الكافر مطلقًا. على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب.
 وقطع به في الفروع، وغيره.
 وقيل: لا تصح من مرتد.
 واطلق الوجهين في الرايتين، والحاوي الصغير.
 تنبيه: شمل كلام المصنف وصية العبد. وهو صحيح. صرح به المصنف وغيره من الأصحاب. فينفذ فيما عدا المال.
 وأما المال: فإن مات قبل العتق، فلا وصية على المذهب.
 وإن قيل: يملك صحت. ذكره بعض الأصحاب. نقله الحارثي.
 قلت: وهو ضعيف.
 وإن مات بعد العتق: نفذت بلا خلاف.
 والمكاتب والمدبر وأم الولد كالقن.
 فلو قال: متى عتقت ثم مت. فتلثي لفلان: نفذ. نقله الحارثي.

(١) ذكره في الكافي بنصه ومما. الكافي (٢/٢٦٧)

قوله: ﴿وَمِنَ السَّفِيهِ فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ﴾.

وهو المذهب، وعليه جماهير الأصحاب.

وجزم به في الوجيز، وغيره.

وصححه في الفائق، والختار، وغيرهما.

وقدمه في المغني^(١)، والشرح^(٢)، والفروع، وغيرهم.

والوجه الثاني: لا تصح منه. حكاه أبو الخطاب.

وذكر الجحد في شرحه: أنه المنصوص.

قلت: وهو ضعيف.

وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحرم^(٣)، والرعيتين، والحاوي الصغير.

تنبيه: محل الخلاف: فيما إذا أوصى بمال.

أما وصيته على أولاده: فلا تصح قولاً واحداً. لأنه لا يملك التصرف بنفسه. فوصيته أحق وأولى. قاله في المطلع.

قلت: ظاهر كلام كثير من الأصحاب -في باب الموصى إليه- صحة وصيته بذلك. وهو أولى بالصحة من الوصية بالمال.

والظاهر: أن الذي حداه إلى ذلك: تعليل الأصحاب بكونه محجوزاً عليه في تصرفاته، أو لكونه محتاجاً إلى الثواب، وتصرفه في هذه مصلحة من غير ضرر. لأنه إن عاش لم يذهب من ماله شيء.

ولا يلزم من ذلك أن الوصية على أولاده لا تصح.

اللهم إلا أن يكون في المسألة نقل خاص.

قوله: ﴿وَمِنَ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ إِذَا جَاوَزَ الْعَشْرَ﴾.

(١) ذكره المصنف في المغني في باب التدبير قال (ويصح تدبير المحجوز عليه السفیه ووصيته) المغني (٣٣٥/١٠) والمغني (٥٢٨/٦)

(٢) وذكره أيضاً صاحب الشرح قال (لأنه عاقل مكلف فصحت وصيته كالرشيد ولأن وصيته محض مصلحة من غير ضرر لأنه إن عاش لم يذهب من ماله شيء وأن مات فهو محتاج إلى الثواب فصحت وصيته كعبادته) الشرح (٤١٦/٦)

(٣) ذكر الإطلاق صاحب المحرم فقال (وفي وصية السفیه وجهان) المحرم (٣٧٦/١).

كتاب الوصايا ١٧٥

إذا جاوز الصبي العشر: صحت وصيته. على الصحيح من المذهب^(١). نص عليه في رواية الجماعة، وعليه الأصحاب.

حتى قال أبو بكر: لا يختلف المذهب: أن من له عشر سنين تصح وصيته. انتهى. وعنه: تصح إذا بلغ اثني عشرة سنة. نقلها ابن المنذر.

ونقل الأثرم: لا تصح من ابن اثني عشرة سنة فلم يطلع أبو بكر على ذلك.

وقيل: لا تصح حتى يبلغ. وهو احتمال في الكافي^(٢).

قوله: ﴿وَلَا تَصِحُّ مِمَّنْ لَهُ دُونَ السَّبْعِ﴾.

يعنى: ممن لم يميز، على ما تقدم في كتاب الصلاة.

﴿وَفِيمَا بَيْنَهُمَا رَوَايَتَانِ﴾ يعنى: فيما بين السبع والعشر.

وأطلقهما أبو بكر عبد العزيز، وصاحب المستوعب، والفروع، والفائق، والحاوى الصغير، تجريد العناية.

إحداهما: لا تصح ظاهر كلام الخرقى، وصاحب الوجيز. وصححه في التصحيح.

قال ابن أبى موسى: لا تصح وصية الغلام لدون عشر، ولا إجازته. قولاً واحداً. واختاره أبو بكر.

وقدمه فى المحرر^(٣)، والرايعتين، والنظم، وشرح ابن رزين.

وجزم به فى المنور، ومنتخب الأدمى.

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته.

وقال فى القواعد الأصولية: هذا المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله.

قال الحارثى: هذا الأشهر عنه.

والرواية الثانية: تصح: وهو المذهب.

وقال القاضى، وأبو الخطاب: تصح وصية الصبى إذا عقل. قال المصنف فى

العمدة: وتصح الوصية من الصبى إذا عقل.

(١) ذكره فى الشرح فقال (قال أبو بكر لا يختلف المذهب أن من له عشر سنين تصح وصيته ومن له دون

السبع لا تصح وصيته) الشرح (٤١٧/٦) والمغنى (٥٢٦/٦) الكافى (٢٦٧/٢) المحرر (٣٧٦/١)

(٢) ذكر الاحتمال صاحب الكافى فقال (ويحتمل أن لا تصح وصية الصبى بحال لأنه لا يصح تصرفه أشبه

الطفل) الكافى (٢٦٨/٢)

(٣) ذكره فى المحرر مقدماً فقال (ولا تصح من طفل) المحرر (٣٧٦/١)

١٧٦ كتاب الوصايا

وجزم به فى التسهيل. صححه فى الخلاصة.

وقدمه فى الكافى^(١)، والمذهب، وإدراك الغاية.

قال الحارثى: لم أجد هذه منصوبة عن الإمام أحمد رحمه الله.

وقيل: تصح وصية بنت تسع. اختاره أبو بكر، وابن أبى موسى.

وقيل: تصح لسبع منهما.

قوله: ﴿وَفِى السُّكْرَانِ وَجْهَانِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والرعايتين، والحاوى الصغير.

أحدهما: لا تصح. وهو صحيح من المذهب. صححه فى التصحيح، والمغنى^(٢)، والشرح^(٣)، والنظم، والفائق، والحارثى.

وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى الكافى^(٤)، وغيره.

والوجه الثانى: تصح وصيته.

ويأتى فى أول كتاب الطلاق: أن فى أقوال السكران وأفعاله خمس روايات أو ستاً.

قوله: ﴿وَلَا تَصِحَّ وَصِيَّةٌ مِنْ غَثِّ لِسَانِهِ بِهَا﴾.

وهو المذهب. نص عليه، وعليه جماهير الأصحاب. منهم القاضى، وابن عقيل وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى المحرر^(٥)، والفروع، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق، والهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، وغيرهم.

وعنه: التوقف. ويحتمل أن تصح.

(١) ذكره فى الكافى (٢٦٧/٢)

(٢) قطع به فى المغنى فقال (ولا تصح وصية السكران لأنه ليس بعاقل فلا تصح وصيته كالمجنون) المغنى (٥٢٩/٦)

(٣) ذكره وصححه صاحب الشرح فقال (ولا تصح وصية السكران فى أصبح الوجهين لأنه غير عاقل أشبه المجنون) الشرح (٤١٩/٦)

(٤) ذكره فى الكافى مقدما فقال (فأما السكران فلا تصح وصيته لأنه لا يتميز له) الكافى (٢٦٨/٢)

(٥) ذكره فى المحرر مقدما فقال (ولا تصح ممن اعتقل لسانه وصية ولا إقرار بالإشارة) المحرر (٣٧٦/١)

يعنى إذا اتصل بالموت، وفهمت إشارته.
 ذكره ابن عقيل، وأبو الخطاب فى الهداية. اختاره فى الفائق.
 قلت: وهو الصواب.
 قال الحارثى: وهو الأولى.
 واستدل له الحديث «رضى اليهودى رأس الجارية وإيمانها إليه».
 قوله: ﴿وَإِنْ وَجَدْتَ وَصِيَّةً بِخَطِّهِ: صَحَّتْ﴾.
 هذا المذهب مطلقاً.
 قال الزركشى: نص عليه الإمام أحمد رحمه الله. واعتمده الأصحاب. قاله الخرقى.
 وقدمه فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والحرر^(٣)، والرايعتين، والفروع، وغيرهم.
 وقال القاضى فى شرحه المختصر: ثبوت الخط يتوقف على معاينة البينة أو الحاكم
 لفعل الكتابة. لأن الكتابة عمل. والشهادة على العمل طريقها الرواية. نقله
 الحارثى.
 ويحتمل أن لا تصح حتى يشهد عليها.
 وقد خرج ابن عقيل، ومن بعده: رواية بعدم الصحة. أخذاً من قول الإمام أحمد
 رحمه الله. فيمن كتب وصيته وختمها. وقال «اشهدوا بما فيها» أنه لا تصح. أى
 شهادتهم على ذلك.
 فنص الإمام أحمد فى الأولى: بالصحة. وفى الثانية: بعدمها، حتى يسمعوا ما فيه،
 أو يقرأ عليه. فيقرأ بما فيه.
 فخرج جماعة - منهم: الجحد فى محرره، وغيره - فى كل منهما رواية من الأخرى
 وقد خرج المصنف - فى باب كتاب القاضى إلى القاضى - من الأولى فى الثانية وقال
 هنا «يحتمل أن لا يصح حتى يشهد عليها» فهو كالتخريج من الثانية فى الأولى.
 والصحيح من المذهب: التفرقة.

(١) ذكره فى المغنى كما فى الشرح. المغنى (٤٨٨/٦)

(٢) ذكره فى الشرح فقال (ونقل عن أحمد أنه قال من مات فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه ولم يشهد
 عليها وعرف خطه وكان مشهور الخط يقبل ما فيها وجه ذلك قول النبى ﷺ «ما حق امرئ مسلم له
 شىء يوصى فيه بيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده» ولم يذكر شهادة) الشرح (٤٢١/٦)

(٣) قطع به فى الحرر (٣٧٦/١)

فتصح في الأولى، ولا تصح في الثانية. وعليه جماهير الأصحاب.
وقيل: تصح في الثانية أيضاً. اختاره المصنف، والشارح، وصاحب الفائق. ويأتى
النصان في كلام المصنف، في باب حكم كتاب القاضى إلى القاضى.
تنبيه: معنى قول الإمام أحمد رحمه الله - فيمن كتب وصيته وختمها وقال
«اشهدوا بما فيها» - أنه لا تصح. أى لا تصح شهادتهم على ذلك.
قلنا: العمل بخطه في هذه الوصية، فحيث علم خطه - إما بإقرار أو بينة فإنه
يعمل به كالأولى. بل هي من أفراد العمل بالخط في الوصية.
نبه على ذلك شيخنا في حواشى الفروع وهو واضح.
قلت: في كلام الزركشى إيماء إلى ذلك.
فإنه قال: وقد يفرق بأن شرط الشهادة: العلم. وما فى الوصية - والحال هذه -
غير معلوم.
أما لو وقعت الوصية، على أنه لو وصى: فليس فى نص الإمام أحمد رحمه الله
تعالى ما يمنعه.

ثم بعد ذلك يعمل بالخط بشرطه. انتهى.

قوله: ﴿وَالْوَصِيَّةُ مُسْتَحَبَّةٌ﴾.

هذا المذهب^(١) فى الجملة. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.
وعنه: تجب لقريب غير وارث. اختاره أبو بكر.
ونقل فى التبصرة عن أبى بكر: وجوبها للمساكين، ووجوه البر.

قوله: ﴿لَمَنْ تَرَكَ خَيْرًا، وَهُوَ الْمَالُ الْكَثِيرُ﴾.

يعنى: فى عرف الناس، على الصحيح من المذهب^(٢).

قدمه فى الفروع، والرعايتين، والحاوى الصغير.

وقطع به ابن عبدوس فى تذكرته.

(١) وذكره فى المغنى لما روى عن أبى قال: قال رسول الله - ﷺ - «إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ

بِثَلْثِ أَمْوَالِكُمْ» المغنى (٤١٥/٦) الشرح (٤٢٤/٦) الكافى (٢٦٥/٢)

(٢) ذكره فى الشرح فقال (إن الوصية مستحبة لمن ترك خيراً لقوله: تعالى (كتب عليكم إذا حضر أحدكم

الموت إن ترك خيراً) الآية فنسخ الوجوب وبقي الاستحباب فى حق من لا يرث) الشرح (٤٢٤/٦)

والمغنى (٤١٥/٦) والكافى (٢٦٥/٢)

كتاب الوصايا ١٧٩

وقال المصنف^(١): والذى يقوى عندي: أنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة؛ لا تستحب الوصية. اختاره فى الفائق.

وقيل: هو من كان له أكثر من ثلاثة آلاف.

وهو ظاهر ما جزم به فى المستوعب.

وقال فى الوجيز: تسن لمن ترك ورثة وألف درهم فصاعدا، لا دونها. وقاله أبو الخطاب، وغيره.

فائدة: المتوسط فى المال: هو المعروف فى عرف الناس بذلك. على الصحيح من المذهب. جزم به فى الرعاية الصغرى. وقدمه فى الرعاية الكبرى.

وقيل: المتوسط: من له ثلاثة آلاف درهم. والفقير: من له دونها.

وجزم جماعة من الأصحاب: أن المتوسط من ملك من ألف إلى ثلاثة آلاف.

ومنهم: صاحب الهداية، والمذهب، والمستوعب.

وقيل: الفقير من له دون ألف. ونقله ابن منصور.

قال فى الفروع: قال أصحابنا: هو فقير.

قوله: ﴿بِخُمْسٍ مَّالِهِ﴾.

يعنى: يستحب لمن ترك خيراً: الوصية بخمس ماله.

وهذا المذهب. جزم به فى الوجيز، وشرح ابن منجا، والشرح^(٢).

وقدمه فى الفروع، والفائق.

وقال الناظم: يستحب لمن له مال كثير ووارثه عنى: الوصية بخمس ماله.

وقيل: بثلاث ماله عند كثرته. اختاره القاضى، وأبو الخطاب، وابن عقيل. قاله فى الفائق.

قال الحارثى: وهو المنصوص.

وقال فى الإيضاح: تسن الوصية بدون الثلث.

وقال فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والرعايتين، وغيرهم.

(١) قطع به المصنف فى المعنى وذكره بنصبه وتماه ثم أضاف (أن النبى ﷺ علل المنع من الوصية فقال) (إن

ترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة) المعنى (٤١٦/٦)

(٢) ذكره صاحب الشرح (٤٢٤/٦)

١٨٠ كتاب الوصايا

يستحب للمغنى الوصية بثلث ماله. والمتوسط بالخمس.
ونقل أبو طالب: إن لم يكن له مال كثير - ألفان أو ثلاثة - أوصى بالخمس.
ولم يضيق على ورثته. وإن كان له مال كثير: فالربع، أو الثلث.
وأطلق في الغنية: استحباب الوصية بالثلث لقريب فقير فإن كان القريب غنياً:
فللمساكين، وعالم ودين قطعه عن السبب القدر، وضيق عليهم الورع الحركة فيه.
وانقلب السبب عندهم فتركوه، ووقفوا بالحق. انتهى.
وكذا قيد المصنف في المغنى^(١): استحباب الوصية بالثلث لقريب فقير.
قال في الفروع: مع أن دليله عام.
قوله: ﴿وَيُكْرَهُ لِغَيْرِهِ إِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ﴾.
أى: تكره الوصية لغير من ترك خيراً.
فكره للفقير الوصية، على الصحيح من المذهب^(٢).
نقل ابن منصور: لا يوصى بشيء.
قال في الوجيز: لا يسن لمن ترك أقل من ألف درهم. وقدمه في الفروع.
وقيل: تكره إذا كان ورثته محتاجين. وإلا فلا.
قال في التبصرة: رواه ابن منصور، وقاله في المغنى، وغيره.
وحزم به في الرعايتين، والنظم، والوجيز، والفائق، والحاوى الصغير، والهداية،
والمذهب، والمستوعب، والخلاصة.
قلت: وهو الصواب.
وتقدم إطلاقه في الغنية استحباب الوصية بالثلث.
وتقدم ما اختاره المصنف.
قوله: ﴿فَأَمَّا مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ: فَتَجُوزُ وَصِيَّتُهُ بِجَمِيعِ مَالِهِ﴾.

(١) ذكر القيد المصنف في المغنى فقال: (والأفضل أن يحصل وصيته لأقاربه الذين لا يرثون إذا كانوا فقراء
لقوله تعالى (وَأَتِ ذَا الْقُرْبَى حَقَّهُ) المغنى (٤١٨/٦))
(٢) ذكره المصنف في المغنى فقال (أما الفقير الذى له ورثة محتاجون فلا يستحب له أن يوصى لأن الله
قال فى الوصية (إن ترك خيراً) وقال النبى - ﷺ - لسعد (إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم
عالة يتكفون الناس) المغنى (٤١٦/٦) والشرح (٤٢٥/٦)

كتاب الوصايا ١٨١

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. منهم أبو بكر، والقاضي، والشريف، وأبو الخطاب، والشيرازي، والمصنف^(١)، وغيرهم. جزم به في الوجيز وغيره. وقدمه في الفروع، والمحرم^(٢)، والرايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم. وصححه في النظم، غيره.

وعنه: لا تجوز إلا بالثلث. نص عليه في رواية ابن منصور.

قال أبو الخطاب في الانتصار: هذه الرواية صريحة في منع الرد، وتوريث ذوى الأرحام.

وأطلقهما في الهداية، والمستوعب.

وقيل: تجوز بماله كله إذا كان وراثه ذا رحم.

قال الشارح: وهو ظاهر كلام الخرقى.

وأطلق في الفائق - في ذوى الأرحام - وجهين.

قال في القاعدة التاسعة والأربعين بعد المائة: بناءهما بعض الأصحاب على أن الحق لغير معين.

وبناءهما القاضي على أن ييت المال: هل هو وجهة ومصلحة. أو وارث؟ فإن قيل: هو جهة ومصلحة: جازت الوصية بجميع ماله.

وإن قيل: هو وراث: فلا تجوز إلا بالثلث. وتابعه في الفروع، وغيره.

ويأتى الكلام في ذلك مستوفى في آخر باب أصول المسائل.

فعلى المذهب: لو مات وترك زوجاً، أو زوجة لا غير، وأوصى بجميع ماله ورد: بطلت في قدر فرضه من الثلثين. فيأخذ الموصى له الثلث. ثم يأخذ أحد الزوجين فرضه من الباقي. وهو الثلثان. فيأخذ الربع، إن كان زوجة. ويأخذ النصف، إن كان زوجاً. ثم يأخذ الموصى له الباقي من الثلثين. وهذا هو الصحيح من المذهب.

اختاره الشارح، وصاحب الفائق.

وقدمه في الرعاية الكبرى، والفروع.

(١) ذكره المصنف في الكافي (تجوز وصيته بماله كله لأن النهى مغلل بالإضرار بالورثة لقوله: -
 وإنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس) الكافي (٢/٢٦٦)

(٢) ذكره في المحرم مقدماً قال (تصح وصية من لا وارث له بكل ماله) المحرم (١/٣٧٧)

١٨٢ كتاب الوصايا

وجزم به في المحرر^(١)، والنظم، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير.

وقيل: لا يأخذ الموصى له مع أحد الزوجين سوى الثلث.

وقدمه في الشرح^(٢)، والفائق.

قلت: هو ظاهر كلام المصنف، وصاحب الوجيز، وغيرهما. حيث قالوا: ولا يجوز لمن له وارث الوصية بزيادة على الثلث.

فائدتان

إحدهما: وكذا الحكم لو كان الوارث واحداً من أهل الفروض - وقلنا: بعدم الرد - قاله في الرعاية وغيرهما.

الثانية: لو أوصى أحد الزوجين للآخر. فله على الرواية الأولى: المال كله إرثاً ووصية. على الصحيح من المذهب.

وقيل: لا تصح.

وله على الرواية الثانية: الثلث بالوصية. ثم فرضه من الباقي والبقية لبيت المال.

قوله: ﴿وَلَا يَجُوزُ لِمَنْ لَهُ وَارِثٌ الْوَصِيَّةُ بِزِيَادَةِ عَلَى الثُّلْثِ لِأَجْنَبِيٍّ وَلَا لِوَارِثِهِ بِشَيْءٍ إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرِثَةِ﴾.

يحرم عليه فعل ذلك، على الصحيح من المذهب. نص عليه.

وجزم به في المحرر^(٣)، والوجيز وشرح ابن منجا، وتذكرة ابن عبدوس؟، وغيرهم.

وقدمه في الفروع، والفائق.

وقيل: يكره له ذلك.

قال في الفروع، وقال في التبصرة: يكره.

قلت: وجزم به في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والرعاية الصغرى، والنظم، وغيرهم.

وجزم به في الرعاية الكبرى في الثانية. وقدمه في الأولى.

(١) ذكره صاحب المحرر فقال: (فإن كان له وارث من زوج أو زوجة بطلت في قدر فرضه من الثلثين)

المحرر (٣٧٧/١)

(٢) ذكره صاحب الشرح (٤٢٩/٦)

(٣) قطع به في المحرر (٣٧٦/١)

كتاب الوصايا ١٨٣

وعنه: يكره في صحته من كل ماله. نقله حنبل.

قلت: الأولى الكراهة.

ولو قيل بالإباحة لكان له وجه.

قوله: ﴿إِلَّا يَجَازَةُ الْوَرَّةُ﴾.

يعنى: أنها تصح بإجازة الورثة. فتكون موقوفة عليها.

وهذا الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. صححه فى الفروع، وغيره. وجزم به فى المحرر^(١)، والوجيز، وغيرهما.

قال المصنف^(٢)، والشارح: هذا ظاهر المذهب.

قال الزركشى: هو المشهور، والمنصوص فى المذهب.

حتى إن القاضى - فى التعليق - وأبا الخطاب - فى خلافه - والمجد، والجماعة: لم يحكموا فيه خلافا.

وعنه: الوصية باطلة، وإن أجازها الورثة، إلا أن يعطوه عطية مبتدأة. واختاره بعض الأصحاب. وهو وجه فى الفائق فى الأجنبى، ورواية فى الوارث.

تنبيه: يستثنى من كلام المصنف: إذا أوصى بثلثه يكون وقفاً على بعض ورثته. فإنه يصح. على الصحيح من المذهب، على ما تقدم فى الهبة.

وفيه قول اختاره المصنف بعدم الصحة.

فيكون ظاهر كلام المصنف موافقا لما اختاره.

قوله: ﴿إِلَّا أَنْ يُوصَى لِكُلِّ وَارِثٍ بِمُعَيَّنٍ بِقَدَرِ مِيرَاثِهِ. فَهَلْ تَصِحُّ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى المغنى^(٣)، والشرح^(٤)، وشرح ابن منجا، والفائق.

(١) ذكر هذا القيد صاحب المحرر فقال (إلا أن يميزها الورثة) المحرر (٣٧٦/١)

(٢) ذكره المصنف فى الكافى قال: (الزائد موقوف على إجازة الورثة فإن أجازوه، جاز وإن رده بطل بغير خلاف) الكافى (٢٦٦/٢)

(٣) ذكر الإطلاق صاحب المغنى فقال (احتمل أن تصح الوصية لأن حق الوارث فى القدر لا فى العين بدليل ما لو عارض المريض بعض ورثته أو أجنبيا بجميع ماله صح إذا كان ذلك بثمن المثل أو تضمن فوات عين المال - احتمل - أن تقف على الإجازة لأن فى الأعيان غرضا صحيحا وكما لا يجوز إبطال حق الوارث فى قدر حقه لا يجوز فى عينه) المغنى (٤٢٠/٦)

(٤) ذكر الإطلاق صاحب الشرح كما فى المغنى. الشرح (٤٣٥/٦)

أحدهما: تصح. وهو الصحيح.

قال فى الفروع: وتصح معاوضة مريض بثمان مثله.

وعنه: مع وارث بإجازة. اختاره فى الانتصار. لفوات حقه من المعين.

ثم قال: ومتلها وصية لكل وارث بمعين بقدر حقه.

صححه فى التصحيح، والحرثى.

وقدمه فى المحرر، وإدراك الغاية، والرعايتين، والحاوى الصغير.

والوجه الثانى: لا تصح إلا بإجازة الورثة. صححه فى المذهب، والنظم.

قوله: ﴿وَإِنْ لَمْ يَفِ الثَّلَاثُ بِالْوَصَايَا: تَحَاصُّوا فِيهِ. وَأَدْخِلِ النِّقْصَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ وَصِيَّتِهِ﴾.

هذا المذهب^(١). وعليه الأصحاب.

وعنه: يقدم العتق ولو استوعب الثلث.

فعلينا: هل يبدأ بالكتابة، لأنه المقصود بها، أو لأن العتق تغليبا ليس للكتابة؟ فيه وجهان. ذكرهما القاضى، والمصنف، والحرثى، وغيرهم.

قوله: ﴿وَإِجَازَتُهُمْ تَنْفِيذٌ فِي الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ﴾. وهو كما قال.

قال فى القواعد الفقهية: أشهر الروايتين: أنها تنفيذ.

قال الزركشى: هذا المشهور والمنصور فى المذهب. جزم به جماعة.

منهم القاضى فى التعليق، وأبو الخطاب فى خلافة الصغير، والمجد وغيرهم. انتهى.

قال فى الفائق، وغيره: والإجازة تنفيذ، فى أصح الروايتين.

وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى الفروع، وغيره.

قال الشارح: لأن ظاهر المذهب: أن الوصية للوارث والأجنبى بالزيادة على الثلث: صحيحة موقوفة على إجازة الورثة.

فعلى هذا: تكون إجازاتهم تنفيذاً، وإجازة محضة. ويكفى فيها قول الوارث «أجزت» أو «أمضيت» أو «نفذت» انتهى.

(١) ذكره المصنف فى المغنى ثم قال: (على مثال مسائل العول إذا زادت الفروض عن المال) المغنى (٥٩١/٦) والشرح (٤٣٥/٦) والمحرر (٣٨١/١) الكافى (٢٧٣/٢).

وعنه: ما يدل على ان الإجازة هبة مبتدأة.

قال فى الفروع: وخصها فى الانتصار بالوارث.

قال الشارح، وقال بعض أصحابنا: الوصية باطلة.

فعلى هذا: تكون هبة. انتهى. وأطلقهما أبو الفرج.

تنبيهان

أحدهما: قيل هذا الخلاف مبنى على أن الوصية بالزائد على الثلث: هل هى باطلة، أو موقوفة على الإجازة، كما تقدم؟

وتقدم كلام الشارح قريباً عن بعض الأصحاب. وهو الذى قطع به الزركشى، وغيره.

وقيل: بل هو مبنى على قول بالوقف.

أما على البطلان: فلا وجه للتنفيذ.

قال فى القواعد: وهذا أشبه.

قلت: وهو الصواب.

الثانى: لهذا الخلاف فوائد كثيرة. ذكرها ابن رجب فى قواعده، وغيره من الأصحاب.

فمنها: على المذهب: لا يفتقر إلى شروط الهبة - من الإيجاب والقبول، والقبض ونحوه - بل يصح بقوله: «أجزت» و«أنفذت» وأمضيت» ونحو ذلك.

وعلى الثانية: تفتقر إلى الإيجاب والقبول. ذكره ابن عقيل وغيره.

وكلام القاضى يقتضى: أن فى صحتها بلفظ «الإجازة» وجهين.

قال الجحد، والصحة ظاهر المذهب.

ومنها: لا تثبت أحكام الهبة على المذهب. فلو كان المجيز أباً للمجاز له: لم يكن له الرجوع فيه.

وعلى الثانية: له الرجوع.

ومنها: هل يعتبر أن يكون المجاز معلوماً للمجيز؟

١٨٦ كتاب الوصايا

ففى الخلاف للقاضى، والمحرر^(١)، والفروع، وغيرهم: هو مبنى على الخلاف.
وطريقة المصنف فى المغنى^(٢): أن الإجازة لا تصح بالجهول. ولكن هل يصدق فى
دعوى الجهالة؟ على وجهين.
ومن الأصحاب من قال، إن قلنا: الإجازة تنفيذ: صحت بالجهول، ولا رجوع
وإن قلنا: هى هبة: فوجهان.
ومنها: لو كان للمجاز عتقاء: كان الولاء للموصى تختص به عصبته. على
المذهب.

وعلى الثانية: الولاء لمن أجاز. ولو كان أنثى.
فائدة: لو كسب الموصى بعقده بعد الموت، وقبل الإعتاق: فهو له. على الصحيح
من المذهب.

وذكره القاضى، وابن عقيل، وصاحب المحرر، وغيرهم.
وقدمه فى القاعدة الثانية والثمانين.
وقال المصنف فى المغنى - فى آخر باب - العتق كسبه للورثة، كأم الولد انتهى.
ولو كان الموصى بعقده أمة، فولدت قبل العتق، وبعد الموت: تبعها الولد كأم
الولد. وقدمه فى القواعد، وقال: هذا هو الظاهر.

وقال القاضى فى تعليقه: لا تعتق.
ومنها: لو كان وقفا على المحيزين، فإن قلنا الإجازة تنفيذ: صح الوقف ولزم. وإن
قلنا هبة: فهو كوقف الإنسان على نفسه.

ومنها: لو حلف لا يهب، فأجاز: لم يحنث. على المذهب. على الثانية يحنث.
ومنها: لو قبل الوصية المفتقرة إلى الإجازة قبل الإجازة، ثم أجزت. فإن قلنا
الإجازة تنفيذ: فالملك ثابت له من حين قبوله.

وإن قلنا هى هبة: لم يثبت الملك إلا بعد الإجازة. ذكره القاضى فى خلافه.
ومنها: أن ما جاوز الثلث من الوصايا إذا أجبر، هل يزاحم بالزائد الذى لم
يجاوز، أو لا؟ مبنى على الخلاف.

(١) قال فى المحرر (تلمز بدون القبول والقبض مع جهالة المجاز ومع كونه وقفا للمحيز) المحرر (٣٧٧/١)

(٢) انظر المغنى (٤٢٧/٦)

كتاب الوصايا ١٨٧

ذكره في المحرر^(١)، ومن تابعه.

قال في القواعد: واستشكل توجيهه على الأصحاب. وهو واضح. فإنه إذا كان معنا وصيتان.

إحدهما: مجاوزة للثلث، والأخرى: لا تجاوز - كنصف وثلث - وأجاز الورثة الوصية المجاوز للثلث خاصة.

فإن قلنا الإجازة تنفيذ: زاحم صاحب النصف صاحب الثلث بنصف كامل.

فيقسم الثلث بينهما على خمسة. لصاحب النصف ثلاثة أخماسه. وللآخر خمسه. ثم يكمل لصاحب النصف نصفه بالإجازة.

وإن قلنا الإجازة ابتداء عطية: فإنما يزاحم بثلث خاص. إذ الزيادة عليه عطية محض من الورثة. لم تُلَقَّ من الميت فلا يزاحم بها الوصايا فيقسم الثلث بينهما نصفين. ثم يكمل لصاحب النصف ثلثه بالإجازة، أى يعطى ثلثا زائدا على السدس الذى أخذه من الوصية.

قال: وهذا مبنى على القول بأن الإجازة عطية أو تنفيذ.

فيفرغ على هذا: القول بإبطال الوصية بالزائد على الثلث وصحتها، كما سبق انتهى.

وقد تكلم القاضى محب الدين بن نصر الله البغدادى على هذه المسألة فى كراسة بما لا طائل تحته.

وما قاله ابن رجب: صحيح واضح.

وقال الزركشى، وقد يقال: إن عدم المزاحمة: إنما هو فى الثلثين. ولأن الهبة تختص بهما، والمجيز يشرك بينهما فيهما.

أما الثلث: فيقسم بينهما على قدر أنصبيئهما. انتهى.

قلت: الذى يظهر أن هذا أقوى وأولى. وهو موافق لقواعد المذهب، فى أن الثلث يقسم على قدر أنصبيئهم مطلقاً.

وقد ذكر المصنف مسائل من ذلك فى باب الوصية بالأنصباء والأجزاء، كما لو أوصى لواحد بثلث ماله ولآخر برבעه، أو له بكل ماله. وللآخر بنصفه.

(١) ذكره فى المحرر(١/٣٧٧)

١٨٨ كتاب الوصايا

فقد قطع - هو وغيره - أنهم إذا ردوا الزائد على الثلث يكون الثلث على قدر أنصبتهم.....

الثلث ويأخذ من الثلث بمقدار ما يأخذ لو ردوا.

فعلى هذا: المزاخمة في الثلث بالزائد على.....

البناء الذي ذكره صاحب المحرر وغيره طريقة في المسألة، وصاحب القواعد إنما.....

لكن يمكن أن يقال: ليس في كلام المحرر البناء على القول بأنها ابتداء عطية.....

مسكوت عنه أو يقال: بناؤه على أنه تنفيذ يدل على خلاف ذلك على.....

خلافه يبنى عليه. لذلك قال في شرح المحرر كلامه يقتضى انعكاس.....

ومنها: لو أجاز المريض في مرض موته وصية موروثه.

فإن قلنا إجازته عطية: فهي معتبرة من ثلثه.

وإن قلنا هي تنفيذ: فللأصحاب طريقان:

أحدهما: القطع بأنها من الثلث أيضاً. قاله القاضي في خلافه، والمجد^(١).

والطريق الثاني: المسألة على الوجهين، وهى طريقة أبى الخطاب فى انتصاره، وهما منزَّلان فى أصل الخلاف فى حكم الإجازة.

قال فى القواعد: وقد ينزلان على أن الملك هل ينتقل إلى الورثة فى الموصى به أم تمنع الوصية الانتقال؟ وفيه وجهان.

فإن قلنا: تنتقل إليهم. فالإجازة من الثلث. وإلا فهي من رأس ماله.

ومنها: إجازة المفلس. قال فى المغنى: هى نافذة^(٢). وهو منزل على القول بالتنفيذ. وجزم به فى الفروع.

قال فى القواعد: ولا يبعد على القاضي فى التى قبلها أن لا ينفذ.

وقاله المصنف فى المغنى فى الشفعة.

(١) قطع به المجد فى المحرر فقال: (ومع ذلك تعتبر إجازة المميز فى مرضه من ثلثه كالصحيح إذا حابى فى بيع له منه خيار ثم مرض فى مدة الخيار تصير عاباته من الثلث) المحرر (٣٧٧/١)

(٢) ذكره المصنف فى المغنى فقال: (أما المحجوز عليه لفلس فإن قلنا الإجازة هبة لم تصح منه لأنه ليس له هبة ماله وإن قلنا هى تنفيذ صحت) المغنى (٤٢٩/٦)

كتاب الوصايا ١٨٩

ومنها: إجازة السفية نافذة على المذهب. لا على الثانية. ذكره في الفروع.

وقال المصنف، والشارح: لا تصح إجازته مطلقاً. وكذا صاحب الفائق.

قوله: ﴿وَمَنْ أَوْصَى لَهُ - وَهُوَ فِي الظَّاهِرِ وَارِثٌ - فَصَارَ عِنْدَ الْمَوْتِ غَيْرَ وَارِثٍ: صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ. وَإِنْ أَوْصَى لَهُ - وَهُوَ غَيْرُ وَارِثٍ - فَصَارَ عِنْدَ الْمَوْتِ وَارِثًا: بَطَلَتْ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الْوَصِيَّةِ بِالْمَوْتِ﴾.

هذا الصحيح من المذهب^(١). وعليه الأصحاب. وأكثرهم لم يحك فيه خلافاً: أن الاعتبار في الوصية بحال الموت.

قال في القاعدة السابعة عشر بعد المائة: وحكى بعضهم خلافاً ضعيفاً: أن الاعتبار بحال الوصية، كما حكى أبو بكر، وأبو الخطاب، رواية: أن الوصية في حال الصحة من رأس المال. ولا تصح عن الإمام أحمد رحمه الله. وإنما أراد العطية المنجزة. كذلك قال القاضي. انتهى.

قوله: ﴿وَلَا تَصِحُّ إِجَازَتُهُمْ وَرَدُّهُمْ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي. وَمَا قَبْلَ ذَلِكَ لَا عِبْرَةَ بِهِ﴾.

هذا المذهب^(٢). نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم وقدمه في الفروع، وغيره.

وعنه: تصح إجازتهم قبل الموت في مرضه.

خرجها القاضي أبو حازم من إذن الشفيع في الشراء.

قال في القاعدة الرابعة: الإمام أحمد - رحمه الله - شبهه في موضع بالعفو عن الشفعة. فخرجه المجد في شرحه، على روايتين.

واختارها صاحب الرعاية، والشيخ تقي الدين رحمه الله.

(١) قطع به في المغنى فقال: (لا نعلم خلافاً فيه) المغنى (٤٣٠/٦) الشرح (٤٣٩/٦) المحرر (٣٨٠/١)

(٢) قاله في المغنى: (ولا يعتبر الرد والإجازة إلا بعد موت الموصي فلو أجازه وأقبل ذلك ثم ردوا في حياته بالوصية منهم الرد. نص عليه أحمد) المغنى (٤٢٨/٦) الشرح (٤٤٠/٦) المحرر (٣٧٦/١) الكافي (٢٦٦/٢)

١٩٠ كتاب الوصايا

قوله: ﴿وَمَنْ أَجَارَ الْوَصِيَّةَ﴾. يعنى: إذا كانت جزءاً مشاعاً.

ثُمَّ قَالَ: ﴿إِنَّمَا أَجَزْتُ لِأَنِّي ظَنَنْتُ الْمَالَ قَلِيلاً: فَأَقُولُ قَوْلَهُ: مَعَ يَمِينِهِ. وَلَهُ الرُّجُوعُ بِمَا زَادَ عَلَى ظَنِّهِ. فِي أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ﴾.

وهو المذهب. جزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى^(١)، والمحزر^(٢)، والشرح^(٣)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق.

والوجه الثانى: ليس له الرجوع.

اختاره أبو الخطاب، وغيره.

وهو احتمال فى الهداية. وتقدم فى الفوائد: هل يشترط أن يكون المجاز معلوماً؟

تنبيه: قوله: ﴿إِلَّا أَنْ تَقُومَ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ﴾.

يعنى تشهد بأنه كان عالماً بزيادته. فلا يقبل قوله:.

وكذا لو كان المال ظاهراً لا يخفى عليه، لا يقبل قوله:.

وكلام المصنف، وغيره—ممن أطلق—مقيد بذلك. وهذا إذا قلنا: الإجازة تنفيذ.

فإذا قلنا هى هبة مبتدأة: فله الرجوع فيما يجوز الرجوع فى مثله فى الهبة.

وقد تقدم قريباً فى الفوائد.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ الْمَجَازُ عَيْنًا﴾. وكذا لو كان مبلغاً مقدراً.

فَقَالَ: ﴿ظَنَنْتُ بَاقِيَ الْمَالِ كَثِيراً: لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ . فِي أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ﴾.

وهذا المذهب. جزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى المغنى^(٤)، والشرح^(٥)، والمحزر^(٦)، والرعايتين، والحاوى الصغير،

والفائق، وغيرهم.

(١) ذكره صاحب المغنى مقدماً فقال: (لأن الإجازة تنزلت منزلة الإبراء فلا تصح فى الجهول والقول قوله:

فى الجهل به مع عينه لأن الأصل عدم العلم) المغنى (٤٢٩/٦)

(٢) ذكره تى المحرز مقدماً. المحرز (٣٧٧/١)

(٣) ذكره مقدماً صاحب الشرح كما فى المغنى. الشرح (٤٤١/٦)

(٤) انظر المغنى (٤٢٩/٦)

(٥) انظر فى الشرح (٤٤٢/٦)

(٦) ذكره فى المحرز (٣٧٧/١)

كتاب الوصايا ١٩١

والوجه الثاني: يقبل قوله .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله، لو قال: ظننت قيمته ألفاً، فبان أكثر: قبل قوله: . وليس نقضاً للحكم بصحة الإجازة ببينة أو إقرار.

قال: وإن أجاز، وقال: أردت أصل الوصية: قبل. انتهى.

قوله: ﴿وَلَا يَثْبُتُ الْمُلْكُ لِلْمُوصَى لَهُ إِلَّا بِالْقَبُولِ بَعْدَ الْمَوْتِ. فَأَمَّا قَبُولُهُ وَرَدُّهُ قَبْلَ الْمَوْتِ: فَلَا عِبْرَةَ بِهِ﴾.

اعلم أن حكم قبول الوصية كقبول الهبة. على ما تقدم في بابه.

قال الإمام أحمد رحمه الله: الهبة والوصية واحد. قاله في الفروع، والزرکشی وغيرهما.

وقال في القواعد الفقهية: نص الإمام أحمد رحمه الله في مواضع: على أنه لا يعتبر للوصية قبول. فيملكه قهراً، كالميراث.

وهو وجه للأصحاب. حكاه غير واحد. انتهى.

وذكر الحلواني عن أصحابنا: أنه يملك الوصية بلا قبوله، كالميراث.

وقال في المغنى^(١)، ومن تابعه: وطؤه الأمة الموصى بها: قبول، كرجعة، وبيع خيار.

وقال في الرعاية، وقيل: يكفى الفعل قبولا.

وقال في القاعدة التاسعة والأربعين: واختار القاضى، وابن عقيل: أنها لا تلزم فى المبهم بدون قبض.

وخرج المصنف^(٢) - فى المغنى - وجهاً ثالثاً: أنها لا تلزم بدون القبض، سواء كان مبهماً، أولاً. كالهبة.

وقال فى القاعدة الخامسة والخمسين: والأظهر أن تصرف الموصى له فى الوصية بعد الموت: يقوم مقام القبول. لأن سبب الملك قد استقر له استقراراً لا يملك إبطاله. واقتصر عليه.

(١) قطع به المصنف فى المغنى فقال: (وإن وطئها الموصى له قبل قبولها كان ذلك قبولا لها وثبت الملك له به لأنه لا يجوز إلا فى الملك فإقدامه دليل على اختياره الملك فأشبه ما لو وطئ من له الرجعة الرجعية) المغنى (٤٤٤/٦)

(٢) ذكره المصنف فى المغنى. المغنى (٤٤١/٦)

١٩٢ كتاب الوصايا

فائدة: لا يصح بيع الموصى به قبل قبوله من وراثته. ذكره فى الفروع فى باب التدبير.

ويجوز التصرف فى الموصى به بعد ثبوت الملك وقبل القبض، باتفاق من الأصحاب فيما نعلمه. قاله فى القاعدة الثانية والخمسين.

وتقدم فى آخر باب الخيار فى البيع.

تنبيه: مراده إذا كان الموصى له واحداً، أو جمعاً محصوراً فأما إذا كانوا غير محصورين - كالفقراء، أو المساكين مثلاً - أو لغير آدمى - كالمساجد، والقناطر ونحوهما - فلا يشترط القبول. قولاً واحداً.

وسياتى قريباً متى يثبت الملك له إذا قبل؟

فوائد

إحداها: يستقر الضمان على الورثة بمجرد موت مورثهم، إذا كان المال عيناً حاضرة يتمكن من قبضتها. على الصحيح من المذهب.

قال الإمام أحمد رحمه الله - فى رواية ابن منصور -: فى رجل ترك مائتى دينار وعبدًا قيمته مائة. وأوصى لرجل بالعبد. فسرفت الدنانير بعد موت الرجل: وجب العبد للموصى له، وذهبت دنانير الورثة.

وهكذا ذكره الخرقى، وأكثر الأصحاب.

وقال القاضى، وابن عقيل - فى كتاب العتق -: لا يدخل فى ضمانهم بدون القبض. لأنه لم يحصل فى أيديهم، ولم يتفعوا به. أشبه الدين والغائب ونحوهما، مما لم يتمكنوا من قبضه.

فعلى هذا: إن زادت التركة قبل القبض: فالزيادة للورثة. وإن نقصت: لم يحسب النقص عليهم. وكانت التركة ما بقى.

ذكره فى القاعدة الحادية والخمسين، وعلمه.

الثانية: قوله: ﴿فَإِنْ مَاتَ الْمَوْصَى لَهُ قَبْلَ مَوْتِ الْمَوْصِي: بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ﴾.

بلا نزاع^(١).

(١) حزم به المصنف فى المغنى: (وقال لأنها عطية صادفت المعطى ميتاً فلم تصح كما لو وهب ميتاً وذلك لأن الوصية عطية بعد الموت وإذا مات قبل القبول بطلت الوصية لميت) المغنى (٤٣٥/٦) والشرح (٤٤٣/٦) وبالمغنى (٢٧١/٢) والمحرر (٣٨٤/١) العمدة (٣٠٠)

كتاب الوصايا ١٩٣

لكن لو مات الموصى له بقضاء دينه قبل الموصى: لم تبطل الوصية، بلا نزاع. لأن تفريغ ذمه المدين بعد موته كتفريغها قبله، لوجود الشغل فى الحالين، كما لو كان حياً. ذكره الحارثي.

الثالثة: لا تنعقد الوصية إلا بقوله: «فوضت» أو «وصيت» إليك، أو «إلى زيد بكذا» أو «أنت» أو «هو» أو «جعلته» أو «جعلتك وصيتي» أو «أعطوه من مالى بعد موتى كذا» أو «ادفعوه إليه» أو «جعلته له» أو «هو له بعد موتى» أو «هو له من مالى بعد موتى» ونحو ذلك.

تنبيه: قوله: ﴿وَإِنْ رَدَّهَا بَعْدَ مَوْتِهِ: بَطَلَتْ أَيْضًا﴾. بلا نزاع.

لكن لو ردها بعد قبوله، وقبل القبض: لم يصح الرد مطلقاً. على الصحيح من المذهب.

قدمه فى الفروع، والفائق، والزرکشى. وصححه الحارثي.
قال فى المجد^(١): هذا المذهب.

وقيل: يصح رده مطلقاً. اختاره القاضى، وابن عقيل.
وقيل: يصح رده فى المكيل والموزون، بعد قبوله، وقبل قبضه.
جزم به المصنف، والشارح.

قال الزرکشى: إن كان الرد بعد القبول والقبض: لم يصح الرد. وكذا لو كان بعد القبول، وقبل القبض، على ظاهر كلام جماعة.
وأورده المجد: مذهباً.

فائدة: إذا لم يقبل بعد موته، ولا رد: فحكمه حكم مُتَحَجَّرِ الموات، على مامر فى بابه. قاله فى الفروع.

وقال فى القاعدة العاشرة بعد المائة: لو امتنع من القبول، أو الرد: حكم عليه بالرد، وسقط حقه من الوصية.

وقاله فى الكافى^(٢). وجزم به الحارثي.

(١) انظر المحرر (٣٨٤/١)

(٢) قطع به الكافى هكذا قال (فإن لم يقبل ولم يرد فللورثة مطالبته بأحدهما فإن امتنع حكمنا عليه بالرد لأن الملك متزدد بينه وبين الورثة فأشبهه من تحجر مواتا وامتنع من إحيائه) الكافى (٢٧٠/٢)

١٩٤ كتاب الوصايا

قوله: ﴿وَإِنْ مَاتَ بَعْدَهُ، وَقَبْلَ الرَّدِّ وَالْقَبُولِ: قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ. ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ﴾.

هذا المذهب. نص عليه في رواية صالح. قاله المجد.

واختاره المصنف^(١)، والشارح، وغيرهما.

وحزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحرم^(٢)، والفروع،

والفائق، والراعيين، والحاوي الصغير.

﴿وَقَالَ الْقَاضِي: تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِ﴾.

يعنى: في خيار الشفعة، وخيار الشرط. وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله.

نقلها عبد الله، وابن منصور.

واختاره ابن حامد، والقاضي، وأصحابه.

وقدمه في القاعدة الرابعة والأربعين بعد المائة، وقال: اختاره القاضي والأكثر.

وحكى الشريف أبو جعفر، وأبو الخطاب، وجهاً: أنها تنتقل إلى الوارث بلا

قبول، كالخيار.

قوله: ﴿وَإِنْ قَبِلَهَا بَعْدَ الْمَوْتِ: ثَبَتَ الْمَلِكُ حِينَ الْقَبُولِ. فِي الصَّحِيحِ﴾.

وهو المذهب. وقاله المصنف^(٣)، وغيره. وأوماً إليه الإمام أحمد رحمه الله تعالى.

ونصره القاضي، وأصحابه. وقدمه في الفروع.

قال الشارح، وابن منجا: هذا الصحيح من المذهب. ونصره الشارح.

ويحتمل أن يثبت الملك حين الموت.

وقدمه في الراعيين، والحاوي الصغير، والخلاصة، والمحرم^(٤)، والفائق.

قال في العمدية: ولو وصى بشيء، فلم يأخذه الموصى له زماناً: قُوِّمَ وقت الموت.

لا وقت الأخذ. انتهى.

(١) ذكر المصنف قول الخرقى في الكافي (وقال الخرقى يقوم الوارث مقام الموصى له في القبول والرد لأنه

عقد لازم من أحد طرفيه فلم ييطل بموت من له الخيار) الكافي (٢/٢٧١) وذكره في المغنى (٦/٤٣٩)

(٢) ذكره في المحرم مقدماً المحرم (١/٣٨٥)

(٣) قطع به المصنف في المغنى قال (فإذا قيل ثبت الملك له من حين القبول في الصحيح من المذهب)

المغنى (٦/٤٤١)

(٤) ذكره في المحرم مقدماً فقال: (إن قلنا يصح ملكه فإنه يملكه من حين قبوله) المحرم (١/٣٨٥)

كتاب الوصايا ١٩٥

وقال فى الوجيز: ويثبت الملك بالقبول عقب الموت.
وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب.
وقيل: الخلاف روايتان.
واختار أبو بكر فى الشافعى: أن الملك مراعى.
فإذا قبل: تبين أن الملك ثبت له من حين الموت.
وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى.
وحكى الشريف عن شيخه، أنه قال: هذا كلام الخرقى.
قلت: ويحتمله كلام الوجيز المتقدم، بل هو ظاهر فى ذلك.
قال فى المستوعب: وهذا هو الوجه الذى قبله بعينه. وهو كما قال.
وحكى وجه: بأنه من حين الموت بمجرد. نقله الحارثى.
فعلى الأول: يكون ﴿قَبْلَ الْقَبُولِ لِلْوَرَقَةِ﴾ على الصحيح من المذهب. كما صرح به المصنف^(١) هنا.
واختاره هو وابن البناء، والشيرازى، والشارح.
وقدمه فى الفروع، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق.
وقيل: يكون على ملك الميت. وهو مقتضى قول الشريف، وأبى الخطاب، وفى خلافهما.
قال الحارثى: والقول بالبقاء للميت: قال به أبو الخطاب، والشريف أبو جعفر، والقاضى أبو الحسين، وغيرهم. انتهى.
وأطلقهما الزركشى، وصاحب القواعد فيها.
وقال: وأكثر الأصحاب قالوا: يكون للموصى له. وهو قول أبى بكر، والخرقى، منصوص الإمام أحمد رحمه الله تعالى. انتهى.
تنبيه: لهذا الخلاف فوائد كثيرة ذكرها الأصحاب.
وذكر المصنف هنا بعضها:
منها: حكم نمائه بين الموت والقبول.

(١) وذكره المصنف فى المغنى (٤٣٩/٦) والكانى (٢٧١/٢)

١٩٦ كتاب الوصايا

فإن قلنا: هو على ملك الموصى له: فهو له يحتسب عليه من الثلث^(١).

إن قلنا: هو على ملك الميت: فتتوفر به التركة فيزداد به الثلث^(٢).

فعلى هذا: لو أوصى بعبد لا يملك غيره، وثمنه عشرة: فلم تجز الورثة. فكسب بين الموت والقبول خمسة: دخله الدور^(٣). فتجعل الوصية شيئاً. فتصير التركة عشرة ونصف شيء، تعدل الوصية والميراث، وهما ثلاثة أشياء. فيخرج الشيء أربعة بقدر خمس العبد. وهو الوصية. وتزداد التركة من العبد درهمين.

فأما بقيته: فزادت على ملك الورثة. وجهاً واحداً. قاله في المحرر^(٤)، وغيره.

وإن قلنا: هو على ملك الورثة: فهو لهم خاصة.

وذكر القاضي في خلافه: أن ملك الموصى له لا يتقدم القبول، وأن النماء قبله للورثة، مع أن العين باقية على حكم ملك الميت. فلا يتوفر الثلث.

وذكر أيضاً إذا قلنا: إنه مراعى، وأنا نئين بقبول الموصى له ملكه له من حين الموت. فإن النماء يكون للموصى له معتبراً من الثلث.

فإن خرج من الثلث مع الأصل فهما له. وإلا كان له بقدر الثلث. فإن فضل شيء من الثلث كان له النماء.

وقال في القاعدة الثانية والثمانين: إذا نما الموصى بوقفه بعد الموت، وقبل إيقافه: فأفتى الشيخ تقي الدين رحمه الله: أنه يصرف مصرف الوقف. لأن نماءه قبل الوقف كنمائه بعده.

وأفتى به الشيخ عماد السكري الشافعي.

قال الدميري: وهو الظاهر. وأجاب بعضهم بأنه للورثة.

قلت: قد تقدم في كتاب الزكاة - عند السائمة الموقوفة - ما يشابه ذلك. وهو إذا أوصى بدراهم في وجوه البر، أو ليشتري بها ما يوقف. فاتجر بها الوصى. فقالوا: ربحه مع أصل المال فيما وصى به. وإن خسر ضمن النقص. نقله الجماعة. وقيل: ربحه إرت.

(١) ذكره في المغنى مؤخر (٤٣٩/٦) والمحرر (٣٨٥/١)

(٢) ذكره في المغنى مقدماً (٤٣٩/٦)

(٣) قطع به المجد في المحرر (٣٨٤/١)

(٤) قطع به أيضاً في المحرر (٣٨٥/١)

كتاب الوصايا ١٩٧

ومنها: لو نقص الموصى به فى سعر أو صفة.
فقال فى المحرر^(١): إن قلنا يملكه بالموت: اعتبرت قيمته من التركة بسعره يوم الموت على أدنى صفاته من يوم الموت إلى القبول.
وإن قلنا: يملكه من حين القبول: اعتبرت قيمته يوم القبول سعراً وصفة. انتهى.
قال فى القواعد: والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله - فى رواية ابن منصور. وذكره الخرقى -: أنه تعتبر قيمته يوم الوصية. ولم يحك فى المغنى فيه خلافاً.
فظاهره: أنه تعتبر قيمته بيوم الموت على الوجه كلها.
قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: هذا قول الخرقى، وقدماء الأصحاب.
قال: وهو أوجه من كلام المجد. انتهى.
قلت: وهو الصحيح من المذهب.
جزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره.
قال فى الفروع: ويُقوّم بسعره يوم الموت.
ذكره جماعة. ثم ذكر ما فى المحرر.
وقال فى الترغيب وغيره: وقت الموت خاصة. انتهى.
ويأتى ذلك فى كلام المصنف فى باب الموصى به فى قوله: «وإن لم يأخذه زماناً قوم وقت الموت الأخذ».
ومنها: لو كانت الوصية^(٢) بأمه. فوطئها الوارث قبل القبول، وأولدها: صارت أم ولد له. ولا مهر عليه. وولده حر لا يلزمه قيمته. وعليه قيمتها للوصى له.
هذا إن قلنا إن الملك لا يثبت إلا من حين القبول. ويملكها الورثة.
وإن قلنا: لا يملكها الوارث لم تصر أم ولد.
ومنها: لو وطئها الموصى له قبل القبول وبعد الموت.
فإن قلنا: الملك له فهى أم ولده، وإلا فلا.
ومنها: لو وصى له بزوجه. فأولدها قبل القبول: لم تصر أم ولد له. وولده رقيق للوارث. ونكاحه باق إن قلنا لا يملكها.

(١) قطع به صاحب المحرر بنصه وتماه. المحرر (٣٨٤/١)

(٢) ذكره المصنف فى المغنى بنصه وتماه (المغنى) (٤٤٤/٦)

١٩٨ كتاب الوصايا

وإن قلنا: يملكها بالموت، فولده حر. وتصير أم ولده، ويبطل نكاحه بالموت.

ومنها: لو وصى له بأبيه. فمات قبل القبول. فقبل ابنه، وقلنا: يقوم الوراثة مقامه في القبول: عتق الموصى به حينئذ ولم يرث شيئاً. إذا قلنا: إنما يملكه بعد القبول.

وإن قلنا يملكه بالموت: فقد عتق به. فيكون حراً عند موت أبيه. فيرث منه.

ومنها: لو كانت الوصية بمال في هذه الصورة.

فإن قلنا: يثبت الملك بالموت، فهو ملك للميت. فتوفى منه ديونه ووصاياه.

وعلى الوجه الآخر: هو ملك للوارث الذي قبل: ذكره في المحرر^(١).

قال في القواعد: ويتخرج وجه آخر: أنه يكون ملكاً للموصى له على كلا الوجهين. لأن التملك حصل له. فكيف يصح الملك ابتداءً لغيره؟.

ومنها: لو وصى لرجل بأرض. فبنى الوراثة فيها وغرس قبل القبول، ثم قبل الموصى له.

ففي الإرشاد: إن كان الوراثة عالماً بالوصية: قلع بناؤه وغرسه مجاناً. وإن كان جاهلاً: فعلى وجهين.

قال في القواعد: وهو متوجه على القول بالملك بالموت.

أما إن قيل هي قبل القبول على ملك الوراثة: فهو كبناء المشتري الشقص المشفوع وغرسه. فيكون محترماً، يملك بقيمته.

قلت: وهو الصواب.

ومنها: لو بيع شقص في شركة الوراثة، والموصى له قبل قبوله.

فإن قلنا: الملك له من حين الموت: فهو شريك للوراثة في الشفعة، وإلا فلا حق له فيها.

ومنها: جريانه من حين الموت في حول الزكاة.

فإن قلنا: يملكه الموصى له: جرى في حوله.

وإن قلنا: للوراثة، فهل يجري في حولهم، وحتى لو تأخر القبول سنة كانت زكاته عليهم أم لا؟ لضعف ملكهم فيه، وتزلزله، وتعلق حق الموصى له به فهو كمال المكاتب.

(١) ذكره في المحرر بنصه ونمامه. المحرر (٣٨٥/١)

كتاب الوصايا ١٩٩

قال فى القواعد: فىه تردد.

قلت: الثانى أولى.

قوله: ﴿وَإِذَا قَالَ فِى الموصى بِهِ: هَذَا لِرَئِيسِى، أَوْ مَا أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ فَهُوَ لِفُلَانٍ﴾: كَانَ رُجُوعًا. بلا خلاف أعلمه.

﴿وَإِنْ أَوْصَى بِهِ لِآخَرَ، وَلَمْ يَقُلْ ذَلِكَ. فَهُوَ بَيْنَهُمَا﴾. هذا المذهب قال فى القواعد الفقهية: هذا المشهور فى المذهب.

وجزم به الخرقي، وصاحب العمدة^(١)، والمحزر^(٢)، والوجيز، والشرح^(٣)، والمذهب، والنظم، والخلاصة، وغيرهم.

وقدمه فى الفروع، والفائق، والرايعتين، والحاوى الصغير، والمستوعب، والخراجى.

وقيل: هو للثانى خاصة. اختاره ابن عقيل.

ونقل الأثر: يؤخذ بآخر الوصية.

وقال فى التبصرة: هو للأول.

فعلى المذهب: أيهما مات، أو رَدَّ قبل موت الموصى: كان للآخر. قاله الصحاب. فهو اشتراك تراحم.

قوله: ﴿وَإِنْ بَاعَهُ، أَوْ وَهَبَهُ، أَوْ رَهَنَهُ﴾: كَانَ رُجُوعًا.

إذا باعه، أو وهبه: كان رجوعا بلا نزاع.

وكذا إن رهنه. على الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الصحاب.

وقطع به القاضى، وابن عقيل.

وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى المغنى^(٤)، والشرح^(٥)، والفروع، وغيرهم.

وقيل: ليس برجوع.

(١) قطع به المصنف فى العمدة فقال: (إن أوصى إلى رجل ثم أوصى إلى آخر فهو بينهما) العمدة (٢٩٩٠)

(٢) انظر المحرر (٣٧٦/١)

(٣) ذكره أيضا فى الشرح (قال لأنه وصى بها لهما فاستويا فيها كما لو قال وصيت لكما بهذه العين)

الشرح (٤٥٤/٦)

(٤) قطع به فى المغنى ثم قال (لأنه أزال ملكه عنه فكان رجوعه لأنه يدل على اختيار للبيع أو الهبة أو

الرهن) المغنى (٤٨٦/٦)

(٥) جزم به أيضا فى الشرح (٤٥٦/٦)

فوائد

إحداها: لو أوجبه في البيع أو الهبة، فلم يقبل فيهما، أو عرضه لبيع أو رهن، أو وصى ببيعه، أو عتقه أو هبته: كان رجوعاً. على الصحيح من المذهب. قدمه في الفروع.

واختاره للقاضي، وابن عقيل، والمصنف. نقله الحارثي.

وصححه في المحرر، والنظم فيما إذا أوجبه في البيع، أو وهبه، ولم يقبل.

وقيل: ليس برجوع، كإيجاره وتزويجه، ومجرد لبسه وسكناه. وكوصيته بثلاث ماله فيتلف، أو يبيعه ثم يملك ماله غيره. فإنه في ذلك لا يكون رجوعاً.

وأطلقهما في الرعاية الكبرى.

وأطلقهما في الصغرى، والحاوى الصغير، إذا أوجبه في بيع، أو هبة، أو رهن: فلم يقبل.

الثانية: لو قال «ما أوصيت به لفلان فهو حرام عليه» رجوع. ذكره في الكافي^(١). واقتصر عليه الحارثي، ونصراه.

الثالثة: لو وصى بثلاث ماله، ثم باعه أو هبه: لم يكن رجوعاً لأن الموصى به لا ينحصر فيما هو حاضر. بل فيما عند الموت. قاله الحارثي.

قلت: فيعابى بها.

قوله: ﴿وَإِنْ كَاتِبُهُ، أَوْ دَبْرُهُ، أَوْ جَحَدَ الْوَصِيَّةَ. فَعَلَى وَجْهِينِ﴾.

إذا كاتبه، أو دبره: أطلق المصنف فيهما وجهين.

وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمغنى^(٢)، والشرح^(٣)، والرعايتين، والحاوى الصغير.

أحدهما: هو رجوع. وهو المذهب. صححه في التصحيح، والمحرر^(٤)، والنظم.

(١) قطع به في الكافي فقال: (وإن قال هو حرام عليه كان رجوعاً لأنه لا يكون حراماً وهو وصية الكافي) (٢٨٩/٢).

(٢) ذكر الإطلاق صاحب المغنى فقال (إن كاتبه أو دبره كان رجوعاً لأنه يدل على اختياره للرجوع والكتابة بيع والتدبير أقوى من الوصية لأنه ينجز بالموت فيسبق أخذ الموصى له - الوجه الآخر - أنه ليس برجوع لأنه لا يزال الملك فأشبهه بإجارته) المغنى (٤٨٦/٦).

(٣) ذكر الإطلاق صاحب الشرح كما في المغنى. الشرح (٤٥٧/٦).

(٤) صححه صاحب المحرر فقال (على وجهين أصحهما: أنه رجوع) المحرر (٣٧٦/١).

كتاب الوصايا ٢٠١

وحزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في الفروع، وغيره.

واختاره القاضي، وابن عقيل، والمصنف في الكتابة. وصححه الحارثي فيهما
والوجه الثاني: ليس ذلك برجوع.

وأطلق فيما إذا حجد الوصية الوجهين.

وأطلقهما في المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع،
وشرح الحارثي.

أحدهما: ليس برجوع. وهو المذهب. صححه في التصحيح.

وحزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والوجيز، وغيرهم.
وقدمه في الكافي^(٣).

والوجه الثاني: هو رجوع. وصححه في النظم.

وقيد الخلاف بما إذا علم. وهو مراد من أطلق. والله أعلم.

قوله: ﴿وَإِنْ خَلَطَهُ بِغَيْرِهِ عَلَى وَجْهِهِ لَا يَتَمَيَّزُ، أَوْ أَرَاكَ اسْمَهُ، فَطَحَنَ الْخِنْطَةَ،
أَوْ خَبَزَ الدَّقِيقَ، أَوْ جَعَلَ الْخُبْزَ فَيْتًا، أَوْ نَسَجَ الْغَزْلَ، أَوْ نَجَزَ الْخَشَبَةَ بَابًا وَنَحْوِهِ،
أَوْ انْهَدَمَتِ الدَّارُ وَزَالَ اسْمُهَا. فَقَالَ الْقَاضِي: هُوَ رُجُوعٌ. وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِيهِ
وَجْهَيْنِ﴾.

اعلم أنه خلطه بغيره على وجه لا يتميز، أو أزال اسمه. فطحن الخنطة، وخبز
الدقيق ونحوه.

وكذا لو زال اسمه بنفسه. كانهدام الدار أو بعضها.

فقال القاضي: هو رجوع. وهو المذهب. صححه في التصحيح، والمحرر^(٤)،
والنظم.

(١) ذكر الإطلاق صاحب المغنى فقال (وإن جمعد الوصية لم يكن رجوعاً في أحد الوجهين لأنه عقد فلا
يبتطل بالوجود كسائر العقود - الثاني - يكون رجوعاً لأنه يدل على أنه لا يريد إيصاله إلى الموصى له)
المغنى (٤٨٨/٦).

(٢) ذكر الوجهين صاحب الشرح كما في المغنى. الشرح (٤٥٧/٦).

(٣) ذكره في الكافي مقدماً فقال (وإن جمعد الوصية لم يكن رجوعاً لأنه عقد فلم يبتطل بالوجود كسائر
العقود) الكافي (٢٨٩/٢).

(٤) ذكره في المحرر ورجحه فقال (على وجهين أحدهما أنه رجوع) المحرر (٣٧٦/١).

٢٠٢ كتاب الوصايا

واختاره ابن عقيل، والمصنف^(١)، والشارح، وغيرهم.
 وحزم به في الوجيز وغيره.
 وقدمه في الفروع، وغيره.
 وقيل: ليس برجوع. قدمه في الهداية، واختاره.
 وقدمه في المذهب، والمستوعب. وصححه في الخلاصة.
 وقال في القاعدة الثانية والعشرين: لو وصى له برطل له من زيت معين، ثم خلطه
 بزيت آخر. فإن قلنا هو اشتراك: لم تبطل الوصية.
 وإن قلنا هو استهلاك: بطلت.
 والمنصوص في رواية عبدالله، وأبى الحارث: أنه اشتراك.
 واختاره ابن حامد، والقاضى وغيرهما. قاله قبل ذلك.
 وأما إذا عمل الخبز فتيتاً، أو نسج الغزل، أو عمل الثوب قميصاً، أو ضرب النقرة
 دراهم، أو ذبح الشاة، أو بنى، أو غرس: ففيه وجهان.
 وأطلقهما في الرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق.
 وأطلقهما في الكافي^(٢)، والنظم، في البناء والغراس.
 أحدهما: هو رجوع. وهو الصحيح. اختاره القاضى، وابن عقيل - في غير البناء
 والغراس، والمصنف، والشارح مطلقاً.
 وصححه في التصحيح فيما ذكره المصنف.
 وحزم به في الوجيز. وقدمه في الكافي^(٣) - في غير البناء والغراس - وصححه في
 النظم في غير البناء والغراس. وصححه الحارثى فيهما.
 والوجه الثاني: ليس برجوع. اختاره أبو الخطاب. وقدمه في الهداية، والمذهب،
 والمستوعب.
 قال في الخلاصة: لم يكن رجوعاً في الأصح.

(١) اختاره المصنف وذكره في المغنى (٤٨٧/٦). وفي الكافي (٢٩٠/٢).
 (٢) ذكر الإطلاق في الكافي فقال (هو رجوع لأنه أزال اسمه وهيأه للانتفاع به - وقال أبو الخطاب - ليس
 برجوع لأنه لا يمنع التسليم أشبه غسل الثوب) الكافي (٢٩٠/٢).
 (٣) ذكره في الكافي مقدماً قال (لأنه أزال اسمه وهيأه للانتفاع به) الكافي (٢٩٠/٢).

فائدتان

إحداهما: لو وصى له بدار، فانهدمت فأعادها. فالمنذهب بطلان الوصية.
 قال فى القواعد: هذا المشهور. ولا تعود بعود البناء.
 ويتوجه عودها إن أعادها بآلتها القديمة.
 وفيه وجه آخر: لا تبطل الوصية بكل حال.
 الثانية: وطء الأمة ليس برجوع إذا لم تحمل. على الصحيح من المذهب.
 وحزم به فى الوجيز، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، والنظم، والكافى.
 وقدمه فى المغنى^(١)، وشرح الحارثى.
 وفى المغنى^(٢): احتمال بالرجوع.
 وقال فى الرعاية الكبرى: وإن أوصى بأمة، فوطئها وعزل عنها - وقيل: أو لم
 يعزل عنها - ولم تحبل: فليس برجوع.
 وذكر ابن رزين فيه وجهين.
 قوله: ﴿وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِقَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ. ثُمَّ خَلَطَ الصُّبْرَةَ بِأُخْرَى لَمْ يَكُنْ
 رُجُوعاً﴾.

سواء خلطة بدونه، أو بمثله، أو بخير منه. وهذا المذهب.

حزم به فى المحرر^(٣)، والكافى^(٤)، وشرح ابن منجا.

قال فى الهداية: فإن أوصى بطعام، فخلطة بغيره: لم يكن رجوعاً.

وقدمه فى المغنى^(٥)، والشرح^(٦)، والحارثى، وابن رزين فى شرحه.

وقيل: هو رجوع مطلقاً. وصححه الناظم فى خلطة بمثله.

(١) ذكره فى المغنى مقدماً (قال أو وطئها لم يكن رجوعاً لأن ذلك لا يزيل الملك ولا الاسم ولا يدل على

الرجوع) المغنى (٤٨٨/٦).

(٢) ذكره فى المغنى مؤخراً فقال (ويحتمل أن وطء الأمة رجوع لأنه يعرضها للخروج عن حواز النقل).

المغنى (٤٨٨/٦).

(٣) قطع به صاحب المحرر (٣٧٦/١).

(٤) قطع به أيضاً فى الكافى ثم قال (لم يكن رجوعاً لأنه كان مشاعاً ولم يزل فهو باق على صفته).

الكافى (٢٩٠/٢).

(٥) ذكره صاحب المغنى مقدماً (٤٨٧/١).

(٦) ذكره أيضاً فى الشرح مقدماً (قال لأنه لا يمنع التسليم) الشرح (٤٥٨/٦).

٢٠٤ كتاب الوصايا

وأطلقهما فى القاعدة الثانية والعشرين. وقال: هما مبنيان على أن الخلط هل هو استهلاك، أو اشتراك؟

فإن قلنا: هو اشتراك، لم يكن رجوعاً، وإلا كان رجوعاً.

قلت: تقدمت هذه المسألة فى كتاب الغصب فى كلام المصنف.

والصحيح من المذهب: أنه اشتراك.

وقيل: هو رجوع إن خلطه بجزء منه، وإلا فلا.

وحزم به فى النظم، وغيره.

واختاره صاحب التلخيص، وغيره.

قال الحارثى: وهو مفهوم إيراد القاضى فى المجرد.

وأطلق فى الفروع - فيما إذا خلطه بخير منه - الوجهين.

قال فى الرعايتين: وإن أوصى بقفيز، ثم خلطها بخير منها: فقد رجع، وإلا فلا.

قال فى الكبرى، قلت: إن خلطها بأردأ منها صفة: فقد رجع. وإن خلطها بمثلها فى الصفة: فلا.

وقيل: لا يرجع بحال .

فائدة: لو أوصى له بصيرة طعام، فخلطها بطعام غيرها: ففيه وجهان مطلقان.

وأطلقهما فى الرعايتين.

أحدهما: لا يكون رجوعاً. حزم به فى الحاوى الصغير. إلا أن تكون النسخة مغلوطة.

وحزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحرم^(١).

والوجه الثانى: لا يكون رجوعاً.

قال الحارثى: لو خلط الحنطة المعينة بحنطة أخرى: فهو رجوع.

قطع به المصنف، والقاضى، وابن عقيل، وصاحب التلخيص، وغيرهم. انتهى.

فهذا هو المذهب. صححه الحارثى.

وقال فى الرعاية الكبرى، قيل: إن خلطها من الطعام بمثلها قدراً وصفة: فعدم

الرجوع أظهر.

(١) قطع به صاحب المحرم (١/٣٧٦).

كتاب الوصايا ٢٠٥
وإن اختلفا قدراً أو صفة أو احتمال ذلك: فالرجوع أظهر. لتعذر الرجوع
بالموصى به.

قوله: ﴿وَإِنْ زَادَ فِي الدَّارِ عِمَارَةً، أَوْ أَنهَدَمَ بَعْضُهَا: فَهَلْ يَسْتَحِقُّهُ الموصى لَهُ؟
على وجهين﴾.

وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى^(١)، والشرح^(٢)،
وشرح ابن منجا، والقواعد الفقهية، وشرح الحارثي.
وأطلقهما في الفروع، فيما إذا زاد فيها عمارة.
أحدهما: يستحقه. صححه في التصحيح، والنظم.
والثاني: يستحقه. قدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير.
وقال في التبصرة - فيما إذا زاد في الدار عمارة - لا يأخذ نماء منفصلاً. وفي
متصل: وجهان.
وقال في الرعاية الكبرى، وقلت: الانقضاء له، والعمارة إرث.
وقيل: إن صارت فضاء في حياة الموصى: بطلب الوصية. وإن بقى اسمها أخذها
إلا ما انفصل منها.

فائدتان

إحدهما: لو بنى الوارث في الدار - وكانت تخرج من الثلث - فقبل: يرجع على
الموصى له بقيمة البناء. قدمه في الرعاية الكبرى.
وقيل: لا يرجع. وعليه أرش ما نقص من الدار عما كانت عليه قبل عمارته.
وأطلقهما في الفروع.
وإن جهل الوصية فله قيمته غير مقلوع.
الثانية: لو وصى له بدار: دخل فيها ما يدخل في البيع. قاله الأصحاب.
ونقل ابن صدقة - فيمن أوصى بكرم - فيه حمل: فهو للموصى له.

(١) ذكره في المغنى كما في الشرح المغنى (٤٨٧/١).

(٢) ذكر الإطلاق صاحب الشرح (أحدهما لا يستحقه لأن الزيادة لم تتناولها الوصية والأنقاض لا تدخل
في معنى الدار وإنما يتبع الدار في الوصية ما يتبعها في البيع - الوجه الآخر - يدخلان في الوصية لأن
الزيادة تابعة للموصى به فأشبهه بمن العبد وتعليمه والمفهوم قد دخل في الوصية فتبقى الوصية بمقامه)
الشرح (٤٥٩/٦).

٢٠٦ كتاب الوصايا

ونقل غيره: إن كان يوم وصى به له فيه حمل: فهو له.
قال فى عيون المسائل: يلزم الوارث سقى ثمرة موصى بها لأنه لم يضمن تسليم هذه الثمرة إلى الموصى له، بخلاف البيع.
قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ، ثُمَّ قَالَ: إِنَّ قَدِيمَ فُلَانٍ فَهُوَ لَهُ. فَقَدِيمٌ فِي حَيَاةِ الْمُوصَى: فَهُوَ لَهُ﴾ بلا نزاع

قوله: ﴿وَإِنْ قَدِيمٌ بَعْدَ مَوْتِهِ: فَهُوَ لِلأَوَّلِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ﴾.
وهو المذهب. صححه فى التصحيح. وجزم به فى الوجيز، وغيره.
واختاره القاضى. وقدمه فى الفروع، والخلاصة، والحاوى الصغير، واختاره القاضى.

وفى الآخر للقدام. وهو احتمال فى الهداية.
وأطلقهما فى المذهب، والشرح^(١).
قوله: ﴿وَتَخْرُجُ الْوَاجِبَاتُ مِنَ الْمَالِ، أَوْصَى بِهَا أَوْ لَمْ يُوصِ فَإِنْ وَصَّى مَعَهَا بِتَبَرُّعٍ: اخْتَبِرَ الثَّلَاثُ مِنَ الْبَاقِي، بَعْدَ إِخْرَاجِ الْوَاجِبِ﴾.
على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب.

ونقل ابن إبراهيم - فى حج لم يوص به، وزكاة، وكفارة - من الثلث.
ونقل أيضاً: من رأس ماله. مع علم الورثة.
ونقل عنه فى زكاة: من كله مع الصدقة.

فائدتان

إحدهما: إذا لم يف ماله بالواجب الذى عليه: تحاصوا. على الصحيح من المذهب مطلقاً. وعليه أكثر الأصحاب. ونص عليه.
وعنه: تقدم الزكاة على الحج. اختاره جماعة.
ونقل عبد الله: يبدأ بالدين. وذكره جماعة قولاً، كتقديمه بالرهينة.

(١) ذكر الإطلاق صاحب الشرح فقال (هو للأول فى أحد الوجهين لأنه لما مات قبل قدومه انتقل إلى الأول لعدم الشرط فى الثانى وقدم الثانى بعد ملك الأول له وانقطاع حق الموصى منه فينبغى للأول - الوجه الآخر - هو للقدام لأنه مشروط له بقدومه فأشبه ما لو قال إن حملت نخلتى بعد موتى فهو لفلان فحملت بعد موته فإنه يستحق حملها بعد ملك الورثة لأصلها) الشرح (٦/٤٦٠).

كتاب الوصايا ٢٠٧

وتقدم ذلك، والذي قبله، بآتم من هذا، فى أواخر كتاب الزكاة، فى كلام المصنف، فليراجع.

وتقدم إذا وجب عليه الحج، وعليه دين، وضاق المال عن ذلك، فى أواخر كتاب الحج.

الثانية: المخرج لذلك: وصيُّه، ثم وارثه. ثم الحاكم. وعلى الصحيح من المذهب. نص عليه.

وقيل: الحاكم بعد الوصى. وهو احتمال لصاحب الرعاية.

فإن أخرجه من لا ولاية له عليه من ماله بإذن: أجزأ. وإلا فوجهان.

وأطلقهما فى الفروع.

قلت: الصواب الإجزاء.

وتقدم فى حكم قضاء الصوم ما يشهد لذلك.

وأطلقهما أيضاً فى الرعايتين، والحاوى الصغير.

قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ أَخْرِجُوا الْوَاجِبَ مِنْ ثُلْثِي. فَقَالَ الْقَاضِي: يُبْدَأُ بِهِ. فَإِنْ فَضَلَ مِنْ الثُّلُثِ شَيْءٌ: فَهُوَ لِصَاحِبِ التَّبَرُّعِ، وَإِلَّا بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ﴾.

يعنى وإن لم يفضل شىء بطلت الوصية. وهو المذهب.

جزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى المحرر^(١)، والفروع، والفائق، وغيرهم. صححه الناظم.

واختاره القاضى، وابن عقيل. قاله الحارثى.

وقال أبو الخطاب: يزاحم به أصحاب الوصايا. وتابعه السامرى.

قال الشارح: فيحتمل ما قال القاضى. ويحتمل ما قاله المصنف هنا.

يعنى: أنه يقسم الثلث بينهما، ويتم الواجب من رأس المال. فيدخله الدور.

وإنما قال المصنف «فيحتمل على هذا» لأن المزاحمة ليست صريحة فى كلام أبى الخطاب. لأن قول القاضى يصدق عليه أيضاً.

(١) قطع به المجد فى محرره فقال (فإن أدوا الواجب من ثلثى بدئ به فإن استغرق الثلث بطل التبرع) المحرر (٣٨١/١).

٢٠٨ كتاب الوصايا

قال فى الفروع، وقيل: بل يتزاحمان فيه. ويتم الواجب من ثلثيه.

وقيل: من رأس ماله.

وقال فى الفائق، وقيل: يتقاصان. ويتم الواجب من رأس المال. وقيل: من ثلثيه.

* * *

باب الموصى له

قوله: ﴿تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ لِكُلِّ مَنْ يَصِحُّ تَمْلِيكُهُ: مِنْ مُسْلِمٍ، وَذِمِّىٍّ وَمُرْتَدٍّ، وَخَرَبِيٍّ﴾.

تصح الوصية للمسلم، والذمى. بلا نزاع. لكن إذا كان معيناً.

أما غير المعين - كاليهود والنصارى ونحوهم - فلا تصح. صرح به الحارثى وغيره. وقطع به.

وكذا الحربى نص عليه، والمرتد. على الصحيح من المذهب.

أما المرتد: فاختار صحة الوصية له أبو الخطاب وغيره. وقدمه المصنف هنا.

قال الأزجى فى منتخبه، والفروع: تصح لمن صح تملكه.

وقدمه فى الهاية، والمستوعب، والخلاصة.

وقال ابن أبى موسى: لا تصح لمرتد.

وأطلقهما فى المذهب، والمحزر^(١)، والشرح^(٢)، والرعايتين، والنظم، والحاوى الصغير، والفائق.

واختار فى الرعاية: إن بقى ملكه: صح الإيصاء له، كالهبة له مطلقاً. وإن زال ملكه فى الحال: فلا.

قال فى القاعدة السادسة عشر: فيه وجهان. بناء على زوال ملكه وبقائه.

فإن قيل بزوال ملكه: لم تصح الوصية له، وإلا صحت. وصحح الحارثى. عدم البناء.

(١) ذكر الإطلاق فى المحزر (قال وفى المرتد وجهان) المحزر (٣٨٣/١).

(٢) ذكر الإطلاق أيضاً صاحب الشرح فقال (وتصح للمرتد كما تصح الهبة له - وقال ابن موسى لا تصح لأن ملكه غير مستقر ولا يورث ولا يورث فهو كالميت ولأن ملكه يزول عن مال برده فلا يثبت له الملك بالوصية) الشرح (٤٦٨/٦).

كتاب الوصايا ٢٠٩

وأما الحربى: فقال بصحة الوصية له: جماهير الأصحاب.
وجزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة،
والوجيز، وغيرهم.
قال فى الفروع: هذا المذهب.
قال فى الرعاية: هذا الأشهر كالأهبة إجماعاً.
وقيل: لا تصح.
وقال فى المنتخب: تصح لأهل دار الحرب. نقله ابن منصور.
قال فى الرعاية: وعنه تصح لحربى فى دار حرب.
قال الحارثى: والصحيح من القول: أنه إذا لم يتصف بالقتال والمظاهرة: صحت،
وإلا لم تصح.

فائدة: لا تصح لكافر بمصحف، ولا لعبد مسلم.
فلو كان العبد كافراً، أو أسلم قبل موت الموصى: بطلت.
وإن أسلم بعد العتق: بطلت أيضاً، إن قيل بتوقف الملك على القبول، وإلا صحت.
ويحتمل أن تبطل. قاله فى المغنى^(١).

تنبيهان

أحدهما: قوله: ﴿وَتَصَحَّ لِمَكَاتِبِهِ، وَمُدْبَرِهِ﴾.
هذا بلا نزاع. لكن لو صحت، وضاق الثلث عن المدبر: بدئ، بنفسه. فيقدم
عتقه على وصيته. على الصحيح من المذهب.
قدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير، والحارثى، والفائق، والفروع، والمغنى^(٢)،
والشرح^(٣)، ونصره.
وقال القاضى: يعتق ويملك من الوصية بقدر ما عتق منه.

(١) ذكر الاحتمال المصنف فى المغنى (٥٣١/١).
(٢) ذكره فى المغنى فقال إن وصى لمكاتبته أو مكاتب وارثه أو مكاتب أجنبى صح سواء أوصى له بجزء
شائع أو معين لأن ورثته لا يستحقون المكاتب ولا يملكون ماله المغنى (٥٣٨/٦). بالنسبة للمكاتب
وبالنسبة للمدبر ذكره التدبير الجزء الثانى عشر قال (وإن أوصى لمدبره أو مدبرته صحت الوصية
أيضاً). المغنى (٥١٠/١٢).
(٣) ذكره فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٤٦٨/٦).

٢١٠ كتاب الوصايا

الثانى: قوله: ﴿وَتَصَحَّ لَأُمِّ وَلَدِهِ﴾ بلا نزاع.

كوصيته: أن ثلث قرите وقف عليها ما دامت على ولدها. نقله المروذى رحمه الله تعالى.

فائدة: لو شرط عدم تزويجها، فلم تتزوج. وأخذت الوصية، ثم تزوجت.

ف قيل: تبطل قدمه ابن رزين فى شرحه، بعد قول الخرقى «إذا أوصى لعبده بجزء من ماله».

قال فى بدائع الفوائد - قبل آخرة بقريب من كراسين - قال فى رواية أبى الحارث: ولو دفع إليها مالا - يعنى إلى زوجته - على أن لا تتزوج بعد موته. فتزوجت، ترد المال إلى ورثته.

قال فى الفروع - فى باب الشروط فى النكاح: وإن أعطته مالا على أن لا يتزوج عليها: رده إذا تزوج. ولو دفع إليها مالا على أن لا تتزوج بعد موته، فتزوجت: رده إلى ورثته. نقله الحارثى. انتهى.

ف قياس هذا النص: أن أم ولده ترد ما أخذت من الوصية إذا تزوجت. فتبطل الوصية بردها. وهو ظاهر ما اختاره الحارثى.

وقيل: لا تبطل، كوصيته بعنق أمتة على أن لا تتزوج. فمات، وقالت لا أتزوج: عتقت.

إذا تزوجت: لم يبطل عتقها. قولاً واحداً. عند الأكثرين.

وقال الحارث: يحتمل الرد إلى الرق. وهو الأنظر، ونصره.

وأطلقهما فى الفروع، والمغنى^(١)، والشرح^(٢)، والرعاية الكبرى، والحارثى.

قوله: ﴿وَتَصَحَّ لِعَبْدٍ غَيْرِهِ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب.

(١) ذكر الإطلاق فى المغنى قال فقيها وجهان (أحدهما) تبطل وصيتها لأنه فات الشرط فكانت الوجية وفارق العتق فإنه لا يمكن رفعه - الثانى - لا تبطل وصيتها لأن وصيتها صححت فلم تبطل بمخالفة ما شرط عليها كالأولى المغنى (٥٤٠/٦).

(٢) ذكر الإطلاق فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٤٧٣/٦).

وعنه: لا تصح الوصية لِقَرْنٍ زَمَنَهَا. ذكره ابن عقيل.

تنبيهان

أحدهما: يستثنى من كلام المصنف، وغيره - ممن أطلق - الوصية لعبد وارثه وقتله. فإنها لا تصح لهما، ما لم يصير حراً وقت نقل الملك. قاله في الفروع وغيره. وهو واضح.

الثاني: ظاهر كلام المصنف: صحة الوصية له. سواء قلنا يملك أو لا يملك. وصرح به ابن الزاغوني في الواضح. وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب. والذي قدمه في الفروع: أنها لا تصح إلا إذا قلنا يملك. فقال: وتصح لعبد إن ملك.

وتقدم التنبيه على ذلك في كتاب الزكاة في فوائد العبد: هل يملك بالتملك؟

قوله: ﴿فَإِنْ قَبْلَهَا فَهِيَ لِسَيِّدِهِ﴾.

مراده: إذا لم يكن حراً وقت موت الموصي.

فإن كان حراً وقت موته: فهي له. وهو واضح.

وإن عتق بعد الموت وقبل القبول: ففيه الخلاف المتقدم في الفوائد المتقدمة في الباب الذي قبله.

وإن لم يعتق: فهي لسيده. على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب.

قال الحارثي: ويتخرج أنها للعبد.

ثم قال: وبالجمله فاختصاص العبد أظهر.

وقال ابن رجب وغيره على الخلاف في ملك السيد.

فائدة: لو قبل السيد لنفسه: لم يصح. جزم به في الترغيب.

ولا يفتقر قبول العبد إذن سيده. على الصحيح من المذهب^(١). نص عليه في الهبة. وعليه جماهير الأصحاب.

(١) ذكره في الشرح مقدماً (ولا يفتقر إلى إذن السيد لأنه كسب من غير إذن سيده كالاحتطاب) الشرح (٤٧٢/٦). والمغنى (٥٣٩/٦).

وقيل: بلى. اختاره أبو الخطاب فى الانتصار.

قوله: ﴿وَتَصِحُّ لِعَبْدِهِ بِمُشَاعٍ﴾.

وهذا المذهب^(١). وعليه الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

وعنه: لا تصح لقن زمن الوصية. كما تقدم.

ووجه فى الفروع فى صحة عتقه، ووصيته لعبده بمشاع: روايتين، من قوله: لعبده «أنت حر بعد موتى بشهر» فى باب المدبر.

فائدتان

الأولى: لو وصى له بربع ماله، وقيمته مائة، وله سواه ثمانمائة: عتق وأخذ مائة وخمسة وعشرين. هذا الصحيح.

ويتخرج: أن يعطى مائتين تكميلاً. لعتقه بالسراية من تمام الثلث.

قال فى الرعاية الكبرى، قلت: ويحتمل أن يعتق رבעه، ويرث بقيته.

ويحتمل بطلان الوصية. لأنها لسيده الوارث. انتهى.

الثانية: تصح وصيته للعبد بنفسه أو بربقته. ويعتق بقبول ذلك، إن خرج من الثلث، وإلا عتق منه بقدر الثلث.

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِمُعَيَّنٍ، أَوْ بِمَائَةٍ: لَمْ تَصَحَّ﴾.

هذا المذهب. قاله فى الفروع، وغيره.

وصححه المصنف^(٢)، والشارح، وغيرهما.

قال الزركشى: هذا المشهور من الروايات.

قال ابن رجب: أشهر الروايتين عدم الصحة.

وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والمحزر^(٣)، والرعايتين، والحاوى

(١) ذكره المصنف فى المغنى (قال وجملة ذلك أنه إذا وصى لعبده بجزء شائع من ماله كثلث أو ربع أو سدس صحت الوصية لأن الجزء الشائع يتناول نفسه أو بعضها لأنه من جملة الثلث الشائع والوصية له بنفسه تصح) المغنى (٥٣٧/٦). والشرح (٤٧٣/٦). المحرر (٣٨٣/١). الكافى (٢٦٩/٢).

(٢) قطع به المصنف فى المغنى فقال: (فالوصية باطلة ولأن العبد يصير ملكاً للورثة فما وصى به له فهو لهم فكأنه أوصى لورثته بما يرثونه لا فائدة فيه وفارق ما إذا أوصى له بمشاع) المغنى (٥٣٨/٦).

(٣) ذكره فى المحرر مقدماً المحرر (٣٨٣/١).

الصغير، والفائق، وغيرهم. بل عليه الأصحاب.

﴿وَحَكِي عَنْهُ أَنَّهَا تَصِحُّ﴾.

وصرح بهذه الرواية ابن أبي موسى ومن بعده.

قال الحارثي: وهو المنصوص.

فعلينا يشتري من الوصية ويعتق. وما بقي فهو له.

جزم به في الكافي^(١) وغيره. وقدمه في الرعاية، وغيرها.

وقيل: يُعطى ثلث المعين إن خرجا معه من الثلث.

فإن باعه الورثة بعد ذلك فالمائة لهم، وإن لم يشترطها المبتاع قاله جماعة من الأصحاب.

قال في الفروع: إذا وصى بمعين، فعنه: كما له.

وعنه: يُشترى، ويعتق.

وكونه كما له: قطع به ابن أبي موسى.

تنبيه: من الأصحاب من بنى الروايتين هنا على أن العبد: هل يملك، أو لا؟

فإن قلنا يملك: صحت، وإلا فلا.

وهي طريقة ابن أبي موسى، والشيرازي، وابن عقيل، وغيرهم.

وأشار إلى ذلك الإمام أحمد رحمه الله في رواية صالح.

ومنهم من حمل الصحة على أن الوصية القدر المعين، أو المقدر من التركة لا بعينه.

فيعود إلى الجزء المشاع.

وتقدم ذلك في كتاب الزكاة في العبد: هل يملك بالتملك، أم لا؟.

قوله: ﴿وَتَصِحُّ لِلْحَمَلِ، إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ كَانَ مَوْجُودًا حِينَ الْوَصِيَّةِ﴾.

هذا بلا نزاع. لكن هل الوصية له تعلق على خروجه حيا؟ وهو اختيار القاضي،

وابن عقيل في بعض كلامه، أو يثبت الملك له من حين موت الموصي وقبول الولي

له؟.

واختار ابن عقيل أيضاً - في بعض كلامه - فيه وجهان.

(١) قطع به المصنف في الكافي وذكره بنصه وتمامه. الكافي (٢/٢٦٩).

٢١٤ كتاب الوصايا

وصرح أبو المعالي ابن منجا بالثاني، وقال: ينعقد الحول عليه من حين الملك إذا كان مالا زكويًا. وكذلك في المملوك بالإرث.

وحكى وجهاً آخر: أنه لا يجرى في حول الزكاة، حتى يوضع. للتردد في كونه حياً مالكا كالكتاب.

قال في القواعد: ولا يعرف هذا التفرع في المذهب.

قوله: ﴿بأن تضعه لأقل من ستة أشهر، إن كانت ذات زوج، أو سيد يطؤها، أو لأقل من أربع سنين، إن لم تكن كذلك، في أحد الوجهين﴾.

يعنى: إن لم تكن ذات زوج، ولا سيد يطؤها.

وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، وشرح ابن منجا، والفروع، والفائق.

أحدهما: تصح الوصية له إذا وضعته لأقل من أربع سنين بالشرط المتقدم. وهو المذهب.

قال في الوجيز: وتصح لحمل تحقق وجوده قبلها. وصححه في التصحيح.

وجزم به في الكافي^(١)، والمغنى^(٢)، والشرح^(٣). وقدمه في الخلاصة.

والوجه الثاني: لا تصح الوصية. لأنه مشكوك في وجوده. ولا يلزم من حقوق النسب صحة الوصية.

ويأتى كلامه في المحرر وغيره.

تنبيهان

أحدهما: لأقل من ستة أشهر إن كانت ذات زوج أو سيد يطؤها.

وكذا قال في المغنى^(٤)، وجماعة.

(١) قطع به في الكافي فقال (وإن وصى لحمل امرأة ثم تيقنا وجوده حال الوصية بأن تضعه لأقل من ستة أشهر منذ أوصى أو لدون أربع سنين وليس بفراش صحت الوصية لأنه ملك بالإرث فملك بالوصية كالمولود) الكافي (٢/٢٦٨).

(٢) قطع به في المغنى كما في الكافي النقطة السابقة. المغنى (٦/٤٧٤).

(٣) قطع به في الشرح أيضاً. الشرح (٦/٤٧٤).

(٤) جزم به في المغنى فقال (إذا كانت المرأة فراشا لزوج أو سيد يطؤها فأتت به لستة أشهر فما دون علمنا وجوده حين الوصية وإن أتت به لأكثر منها لم تصح الوصية له لاحتمال حدوثه بعد الوصية) المغنى (٦/٤٧٥).

كتاب الوصايا ٢١٥

وقال القاضي في المجرد، وابن عقيل في الفصول: إن أتت به لدون ستة أشهر - من حين الوصية - صحت، سواء كانت فراشاً أو بائناً. لأننا نتحقق وجوده حال الوصية.

قال الحارثي: وهو الصواب، جزماً. وهو كما قال.

الثاني: قوله: «أو لأقل من أربع سنين» هذا بناء منه على أن أكثر مدة الحمل أربع سنين. وهو المذهب، على ما يأتي في كلام المصنف مصرحاً به في أول كتاب العدد.

وأما إذا قلنا: إن أكثر مدة الحمل: سنتان، فبأن تضعه لأقل من سنتين.

والشراح - رحمه الله - جعل الوجهين اللذين ذكرهما المصنف مبنين على الخلاف في أكثر مدة الحمل.

والأولى: أن الخلاف في صحة الوصية وعدمها. عليه شرح ابن منجا. وهو الصواب.

فائدة: قال المصنف^(١) وغيره: فإن كانت فراشا لزوج أو سيد، إلا أنه لا يطؤها - لكونه غائباً في بلد بعيد، أو مريضاً مرضاً يمنع الوطء، أو كان أسيراً، أو محبوساً، أو علم الورثة أنه لم يطأها، أو أقروا بذلك: فإن أصحابنا لم يفرقوا بين هذه الصورة وبين ما إذا كان يطؤها.

قال المصنف^(٢): ويحتمل أنها متى أتت به في هذه الحال، أو وقت يغلب على الظن أنه كان موجوداً حال الوصية - مثل أن تضعه لأقل من غالب مدة الحمل - أو تكون أمارات الحمل ظاهرة، أو أتت به على وجه يغلب على الظن أنه كان موجوداً بأمارات الحمل، بحيث يحكم لها بكونها حاملاً: صحت الوصية له. انتهى.

قلت: وهذا هو الصواب.

وجزم به في الكافي^(٣).

قال الزركشي: وجزم به في المغني^(٤).

وليس كذلك. وقد تقدم لفظه.

قال في الرعاية الكبرى: ولا تصح الوصية للحمل، إلا أن تضعه لدون ستة أشهر من حين الوصية.

(١) ذكره المصنف في المغني بنصه وقامه. المغني (٤٧٥/٦).

(٢) ذكره المصنف في المغني بنصه وقامه. المغني (٤٧٦/٦).

(٣) ذكره المصنف في الكافي أيضاً. الكافي (٢٦٨/٢).

(٤) جزم به المصنف فعلاً في المغني (٤٧٥/٦ - ٤٧٦).

٢١٦ كتاب الوصايا

وقيل: إذا ما وضعته بعدها - لزوج أو سيد - ولم يلحق نسبه إلا بتقدير وطء قبل الوصية: صحت له أيضاً. انتهى.

وقال في الفروع: فإن أتت به الأكثر من ستة أشهر - ولا وطء - فوجهان. ما لم يجاوز أكثر مدة الحمل.

وقال في الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، والفائق: ولا تصح وصية لحمل إلا أن يولد حياً قبل نصف سنة منذ وصى له.

وإن ولد بعدها قبل أكثر مدة الحمل ما لم يلحق الواطئ نسبه إلا بوطء قبل الوصية: صحت، وإلا فلا.

وإن ولد لأكثر مدة الحمل فأقل، ولا وطء إذن: فوجهان.

وقال في الكبرى: ولا تصح له إلا أن يولد حياً قبل نصف سنة منذ الوصية. وإن ولد بعدها قبل أكثر مدة الحمل - إذا لم يلحق - فلا تصح الوصية له. وإن كانت بائناً فكذا.

وقيل: لا تصح الوصية، وإن ولدته بعد أكثر مدة الحمل من حين الفرقة وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية لم يلحقه. فلا تصح الوصية له.

وإن ولدته لأقل من أربع سنين منذ الفرقة لحقه. وصحت.

وإن وصى لحمل من زوج أو سيد يلحقه: صحت.

وإن كان منفياً - بلعان، أو بدعوى الاستبراء - فلا.

وإن كانت فراشاً أو لسيد، وما يطؤها - لبعده، أو مرض، أو أسر أو حبس - لحقه. وصحت الوصية.

وقيل: وكذا إن وطئها.

ويحتمل أن يلحقه إن ظننا أنه كان موجوداً حين الوصية. انتهى.

تنبيه: قول المصنف «لأقل من ستة أشهر، ولأقل من أربع سنين» وكذا قال الأصحاب.

قال ابن منجا في شرحه: ولم يذكر المصنف «بأن تضعه لسته أشهر، أو لأربع سنين» ولا بد منها.

فإنها إذا وضعته لسته أشهر، أو لأربع سنين: علم أيضاً أنه كان موجوداً. لاستحالة أن يولد ولد لأقل من ستة أشهر.

وتبع في ذلك المصنف في المغنى^(١).

والصواب: ما قاله المصنف هنا الأصحاب.

ولذلك قال الزركشى: انعكس على ابن منجا الأمر. انتهى.

فائدتان

إحدهما: لو وصى لحمل امرأة، فولدت ذكراً وأنثى: تساويا في ذلك.

وأما الوصية بالحمل: فتأتى في كلام المصنف في أول باب الموصى به.

الثانية: لو قال «إن كان في بطنك ذكر: فله كذا. وإن كان أنثى: فكذا» فكان

فيه ذكر وأنثى، فلهما ما شرط.

ولو كان قال «إن كان ما في بطنك ذكر: فله كذا، وإن كان ما في بطنك أنثى:

فله كذا» فكان فيه ذكر وأنثى: فلا شيء لهما. قاله في الفروع.

وإن كان ختلى - في المسألة الأولى - فقال في الكافي^(٢): له ما للأنتى حتى يتبين

أمره.

قوله: «وإن وصى لمن تحمِلُ هذه المرأة: لم تصح».

وهو المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.

وجزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في الفروع، وغيره. وقيل: تصح.

وجزم ابن رزين بصحة الوصية للمجهول والمعدوم، وصحتها بهما أيضاً.

قال في القواعد الفقهية: لا تصح لمعدوم بالأصالة، كـ «من تحمِلُ هذه الجارية»

صرح به القاضي، وابن عقيل.

وفي دخول المتجدد بعد الوصية، وقبل موت الموصى: روايتان.

وذكر القاضي - فيمن وصى لمواليه، وله مدبرون، وأمهات أولاد - أنهم يدخلون.

وعلل بأنهم أموال حال الموت. والوصية تعتبر بحال الموت.

وخرج الشيخ تقى الدين رحمه الله على الخلاف في المتجدد بين الوصية والموت،

قال: بل هذا متجدد بعد الموت. فمنعه أولى.

(١) قطع به المصنف في المغنى (٤٧٥/٦) وفي الكافي (٢٦٨/٢).

(٢) جزم به المصنف في الكافي وذكره بنصه وتامه. الكافي (٢٧٧/٢).

٢١٨ كتاب الوصايا

وأفتى الشيخ تقى الدين أيضاً: بدخول المعلوم فى الوصية تبعاً. كمن وصى بغلة ثمره للفقراء، إلى أن يحدث لولده ولد.

فائدة: لو وصى بثلثه لأحد هذين. أو قال «لجارى» أو «قريبى فلان» باسم مشترك: لم تصح الوصية^(١). على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب.

وعنه: تصح. كقوله: «أعطوا ثلثى أحدهما» فى أصبح الوجهين.

قال فى القواعد الأصولية، فيما إذا قال «لجارى، أو قريبى فلان» باسم مشترك، أصح الروايتين عند الأصحاب: لا تصح، لإيهام.

واختار الصحة فى غير الأولى: القانى، وأبو بكر فى الشافى، وابن رجب.

وتقدم فى التى قبلها: كلام ابن رزين.

وجزم المصنف فى فتاويه: بعدم الصحة فى المسألة الأولى.

فعلى القول بالصحة: فليل يعينه الورثة. جزم به فى الرعاية الكبرى.

وقيل: يعين بقرة. قطع به فى القواعد الفقهية. وهو الصواب.

وأطلقهما فى الفروع، وقواعد الأصول.

فعلى المذهب: لو قال «عبدى غانم حر بعد موتى» وله مائة، وله عبدان.

بهذا الاسم: عتق أحدهما بقرة. ولا شىء له. نقله يعقوب، وحنبل.

وعلى الثانية: هى له من ثلثه. واختاره أبو بكر.

تنبيه: قال فى القاعدة الخامسة بعد المائة: محل الخلاف فيما إذا قال «لجارى فلان» باسم مشترك: إذا لم يكن قرينة.

فإن كان ثم قرينة، أو غيرها: أنه أراد معيناً منهما، وأشكل علينا معرفته: فهنا تصح الوصية بغير تردد. ويخرج المستحق منهما بالقرعة فى قياس المذهب.

قوله: ﴿وَإِنْ قَتَلَ الْوَصِيَّ الْوَصِيَّ: بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ﴾.

هذا المذهب. اختاره أبو بكر، والقاضى، وابن أبى موسى، وأبو الخطاب،

والمصنف^(٢)، والشارح، وغيرهم.

(١) ذكره المصنف فى الكافى قال (وإن قال لم وصيت لأحد هذين الرجلين لم يصح لأنه تملك لغير معين) الكافى (٢٦٩/٢) المحرر (٣٨٣/١). الشرح (٤٨٤/٦) العمدة (٢٣٩).

(٢) اختاره المصنف فى المغنى ولكن شرط أن يقتله بعد الوصية لأنه ذكر قول أبى الخطاب بعد أن ذكر الثلاثة أوجه فقال (إن وصى له بعد جرحه صح وإن وصى له قبله ثم طرأ القتل على الوصية أبطلها لأنه يطل ما هو أكد منها بحقه أن القتل إنما منع الميراث لكونه بالقتل استعجل الميراث الذى انعقد سببه فعورض بتقيضه). المغنى (٥٤٠/٦).

وجزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في المحرر^(١)، والفروع، والفائق، وغيرهم.

قال في القواعد: بطلت. رواية واحدة. على أصح الروايتين.

وعنه: لا تبطل. اختاره ابن حامد.

قال الحارثي: اختاره ابن حامد، وأبو الخطاب، والشريف أبو جعفر، وابن بكروس، وغيرهم.

قوله: ﴿وَإِنْ جَرَحَهُ، ثُمَّ أَوْصَى لَهُ فَمَاتَ مِنَ الْجُرْحِ: لَمْ تَبْطُلْ فِي ظَاهِرِ كَلَامِهِ﴾.

وهو المذهب. اختاره ابن حامد، وأبو الخطاب، والشريف أبو جعفر، وابن بكروس، والمصنف^(٢)، والشارح، وصاحب الفائق، وغيرهم.

وجزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في المحرر، والفروع، والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.

وقيل: تبطل. اختاره أبو بكر، والقاضي.

وجزم به ابن أبي موسى.

قوله: ﴿وَقَالَ أَصْحَابُنَا: فِي الْوَصِيَّةِ لِلْقَاتِلِ: رَوَاتَانِ﴾.

قاله في المحرر^(٣)، والرعايتين، والحاوي الصغير.

وقيل: في الحاليين روايتان.

وقال في الفروع، وقال جماعة: في الوصية للقاتل روايتان، سواء أوصى له قبل الجرح، أو بعده.

إحدهما: تصح. اختارها ابن حامد.

(١) قطع به المجد في المحرر فقال (وإذا قتل الموصى له الموصى بعد وصيته بطلت) وظاهر كلام المجد أنه قيد القتل بعد الوصية المحرر (٣٨٣/١).

(٢) ذكره المصنف في المغني (واستدل على ذلك قائلًا لأن القتل قبل الوصية فإنه لم يقصد به استعجال مال لعدم انعقاد سببه والموصى راضٍ بالوصية له بعد صدور ما صدر منه في حقه) المغني (٥٤١/٦).

(٣) جزم به صاحب المحرر فقال (وقيل في الحاليين روايتان) المحرر (٣٨٣/١).

٢٢٠ كتاب الوصايا

والثانية: لا تصح. اختارها أبو بكر.

فتخلص لنا في صحة الوصية للقاتل ثلاثة أوجه: الصحة مطلقاً. اختاره ابن حامد. وعدمها مطلقاً. اختاره أبو بكر.

والفرق بين أن يوصى له بعد الجرح: فيصح، وقبله: لا يصح. وهو الصحيح من المذهب.

ويأتى نظير ذلك فى باب العفو عن القصاص، فيما إذا أبرأ من قتله من الدية أو وصى له بها.

وقال فى الرعاية، وقيل: الوصية والتدبير كالإرث.

ويأتى فى كلام المصنف - فى باب الموصى به - إذا قتل وأخذت الدية: هل تدخل فى الوصية، أم لا؟

فائدة: مثل هذه المسألة: لو دبر عبده، وقتل سيده أو جرحه، خلافاً ومذهباً. قاله الأصحاب.

وقال فى الرعاية الكبرى: وقيل يبطل تدبير العبد، دون الأمة.

وقال فى الفروع: فإن جعل التدبير عتقاً بصفة: فوجهان. وأطلقهما.

وبأتى هذا آخر التدبير محرراً.

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى لِصِنْفٍ مِنْ أَصْنَافِ الزَّكَاةِ، أَوْ لِجَمِيعِ الْأَصْنَافِ: صَحٌّ. وَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ الْقَدْرَ الَّذِي يُعْطَاةٌ فِي الزَّكَاةِ﴾.

وهذا المذهب. وجزم به المصنف، والشارح، وابن منجا فى شرحه، وغيرهم.

قال فى الفروع - فى كتاب الوقف، فيما إذا وقف على الفقراء - لا يجوز إعطاء الفقير أكثر مما يعطى من الزكاة فى المنصوص هنا.

وقدمه فى المغنى^(١) وغيره هناك. وقدمه فى النظم هنا.

وقال، وقيل: يعطى كل صنف ثمن. وقيل: يجوز.

فاختار أبو الخطاب، وابن عقيل: جواز زيادة المسكين على خمسين، وإن منعناه منها فى الزكاة. ذكروه فى الوقف. وهذا مثله.

(١) قطع به المصنف فى المغنى فقال (إن أوصى لأصناف الزكاة المذكورين فى القرآن فهم الذين يستحقون من الزكاة وينبغى أن يجعلها لكل صنف ثمن الوصية) المغنى (٥٥٧/٦).

كتاب الوصايا ٢٢١

قال الحارثي هنا: وهو الأقوى. وتقدم ذلك.

تقدم أيضاً: أنه لو وقف على الفقراء: دخل المساكين. وكذا عكسه يدخل الفقراء.

وتقدم هناك قول بعدم الدخول.

وحكم القدر الذي يعطى كل واحد من أصناف الزكاة من الوصية: حكم ما يعطى من الوقف عليهم، على ما تقدم. فليعاود.

فائدة: قال في الفائق، وغيره: الرقاب، والغارمون، وفي سبيل الله. وابن السبيل: مصارف الزكاة.

وكذا قال في في كتاب الوقف.

فيعطى في فداء الأسرى لمن يفديهم.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: أو يوفى ما استدين فيهم. انتهى.

قلت: أما إذا أوصى لجميع أصناف الزكاة - كما قال المصنف هنا - فإنهم يعطون بأجمعهم.

وكذا لو أوصى لأصناف الزكاة، فتعطى الأصناف الثمانية.

أعني أنهم أهل للإعطاء. لدخولهم في كلامه.

وحكم إعطائهم هنا كالزكاة.

وصرح بذلك المصنف في المغنى^(١) والشارح، وصاحب الحاوى الصغير.

وقالوا: ينبغي أن يعطى لكل صنف ثمن الوصية، كما لو أوصى لثمان قبائل.

وفرقوا بين هذا وبين الزكاة - حيث يجوز الاقتصار على صنف واحد - أن آية الزكاة: أريد فيها بيان من يجوز الدفع إليه، والوصية أريد بها: بيان من يجب الدفع إليه.

قال في الكبرى: وإن وصى لأصناف الزكاة الثمانية: فلكل صنف الثمن. ويكفى من كل صنف ثلاثة.

وقيل: بل واحد.

ويستحب إعطاء من أمكن منهم بقدر الحاجة. وتقديم أقارب الوصى. ولا يعطى

(١) جزم به المصنف في المغنى كما تكررت النقطة السابقة. المغنى (٥٥٧/٦).

٢٢٢ كتاب الوصايا

إلا مستحق من أهل بلده. انتهى.

قال الحارثي: وظاهر كلام الأصحاب: جواز الاقتصار على البعض، كالزكاة والأقوى: أن لكل صنف ثمناً.

قال: والمذهب جواز الاقتصار على الشخص الواحد من الصنف. وعند أبي الخطاب: لا بد من ثلاثة، لكن لا تجب التسوية.

قوله: ﴿وَإِنْ أَوْصَى لِفَرَسٍ حَبِيسٍ يُنْفَقُ عَلَيْهِ: صَحَّ. وَإِنْ مَاتَ الْفَرَسُ: رُدَّ الْمُوصَى بِهِ، أَوْ بَاقِيهِ، إِلَى الْوَرَثَةِ﴾.

هذا المذهب. نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب.

وحزم به في المعنى^(١)، والشرح^(٢)، والوجيز، وغيره.

وقدمه في المحرر^(٣)، والفروع، والفائق، وغيرهم.

وقيل: يصرف إلى فرس آخر حبيس. وهو احتمال لأبي الخطاب.

قوله: ﴿وَإِنْ أَوْصَى فِي أَبْوَابِ الْبَرِّ: صُرِفَ فِي الْقَرَبِ﴾.

هذا المذهب. اختاره المصنف^(٤)، وغيرهم.

وحزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، والفائق، والنظم، وغيرهم.

وقيل عنه: يصرف في أربع جهات في أقاربه، والمساكين، والحج، والجهاد.

قال ابن منجا في شرحه: وهي المذهب.

(١) قطع به في المعنى فقال (ومن أوصى بفرس في سبيل الله وألف درهم تنفق عليه فمات الفرس كانت الألف للورثة وإن أنفق بعضها رد الباقي إلى الورثة) المعنى (٥٩٢/٦).

(٢) حزم به في الشرح كما في المعنى ثم قال: (فإن مات الفرس رد الموصى به أو باقيه إلى الورثة لأنه عين للوصية جهة فإذا فاتت عادت إلى الورثة) الشرح (٤٨٠/٦).

(٣) قطع به أيضاً في المحرر فقال: وتصح للمسجد وللفرس الحبيس فإن مات فالوصية للولد أو بقيتها للورثة. المحرر (٣٨٣/١).

(٤) ذكره المصنف في الكافي (والمستحح حرفها إلى فقراء أقارب الميت ممن لا يرثه لأنهم أولى للناس بوصية الميت وصدقته ونقل المروذي عن أحمد رضي الله عنه فمن وصى بثلثة في أبواب البر يجرى ثلاثة أجزاء في الجهاد وحزء يتصدق به في قرابته وجزء في الحج ويحتمل أن يصرف في أبواب البر كلها وهي كل ما فيه قربة لأن لفظه عام ولا نعلم قرينة مخصصة فوجب إبقاؤه على العموم) الكافي (٢٧٧/٢). والمعنى (٥٥٩/٦).

كتاب الوصايا ٢٢٣

وقدمه فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة.
 وقيد فى الفائق وغيره الأقارب بالذين لا يرثون. وهو كما قال.
 وعنه: فداء الأسرى، مكان الحج.
 ونقل المروذى - فىمن أوصى بثلثه فى أبواب البر - يُجَزَّأ ثلاثة أجزاء، جزء فى
 الحج، وجزء فى الجهاد، وجزء يتصدق به فى أقاربه.
 زاد فى التبصرة: والمساكين.
 وعنه: يصرف فى الجهاد، والحج، وفداء الأسرى.
 قال المصنف - عن هذه الروايات - وهذا - والله أعلم - ليس على سبيل اللزوم
 والتحديد. بل يجوز صرفه فى الجهاد كلها.
 قال فى الفروع: والأصح لا يجب ذلك.
 وذكر القاضى، وصاحب الترغيب: أن قوله: «ضع ثلثى حيث أراك الله» أو «فى
 سبيل البر والقرية»

يصرف لفقير ومسكين وجوياً.

قلت: هذا ظاهر كلام كثير من الأصحاب. لحكايتهم الخلاف، وإطلاقهم.
 فعلى المذهب: أفضل القرب: الغزو. فيبدأ به. نص عليه.
 قال فى الفروع: ويتوجه ما تقدم أفضل الأعمال.
 يعنى الذى حكاه من الخلاف فى أول صلاة التطوع.
 وتقدم التنبيه على ذلك فى الوقف.

فائدتان

إحدهما: لو قال «ضع ثلثى حيث أراك الله» فله صرفه فى أى جهة من جهات
 القرب. والأفضل: صرفه إلى فقراء أقاربه.
 فإن لم يجد فإلى محارمه من الرضاع. فإن لم يجد فإلى جيرانه.
 وتقدم قريباً عن القاضى، وصاحب الترغيب: وجوب الدفع إلى الفقراء والمساكين
 فى هذه المسألة.
 الثانية: لا يشترط فى صحة الوصية القرية. على الصحيح من المذهب. خلافاً
 للشيخ تقي الدين رحمه الله.

٢٢٤ كتاب الوصايا

فلهذا قال: لو جعل الكفر أو الجهل شرطاً في الاستحقاق: لم يصح. فلو وصى لأجهل الناس: لم يصح. وعلل في المغنى الوصية لمسجد بأنه قرية.

قال في الفروع: فدل على اشتراطها.

وقال في الترغيب: تصح الوصية لعمارة قبور المشايخ والعلماء.

وقال في التبصرة: إن أوصى لما لا معروف فيه ولا بر - ككنيسة، أو كتب التوراة - لم يصح. ذكر ذلك في الفروع في أوائل كتاب الوقف.

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ بِالْفِ: صُرِفَ فِي حِجَّةٍ بَعْدَ أُخْرَى حَتَّى تَنْفَذَ﴾.

سواء كان راكباً أو راجلاً. وهذا المذهب.

جزم به في المحرر^(١)، والوجيز، والمنور، والهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والنظم، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، وغيرهم.

وقدمه في الفروع، والرعاية الكبرى.

وعنه: تصرف في حجة لا غير. والباقي إرث.

ونقل ابن إبراهيم: بعد الحجة الأولى: تصرف في الحج، أو سبيل الله.

وقال في الفصول: من وصى أن يحج عنه بكذا: لم يستحق ما عين زائداً على النفقة. لأنه بمثابة جعالة. واختاره. ولا يجوز في الحج.

واختار أبو محمد الجوزي: أنه إن وصى بألف يحج بها: يصرف في كل حجة قدر نفقته حتى ينفذ. ولو قال «حجوا عني بألف، فما فضل فللورثة».

وقد تقدم في باب الإجارة: أن الإجارة لا تصح على الحج ونحوه. على الصحيح من المذهب فيعطى هنا لأجل النفقة فعلى المذهب: إن لم تكف الألف، أو البقية بعد الإخراج: حج به من حيث يبلغ. على الصحيح من المذهب نص عليه.

وجزم به في المحرر^(٢). وقدمه في الشرح^(٣)، والفروع، والفائق، والكافي^(٤).

وقيل: يعان به في حجة. اختاره القاضي.

(١) قطع به في المحرر (٣٨٧/١).

(٢) ذكره في المحرر. (٣٨٧/١).

(٣) ذكره في الشرح مقدماً فقال (إن كانت النفقة ناقصة فيحج به من حيث يبلغ في ظاهر نصوص أحمد فإنه قال في رواية حنبل في رجل أوصى أن يحج ولا تبلغ النفقة - فقال يحج عنه من حيث تبلغ النفقة للراكب من أهل مدينته) الشرح (٤٨٦/٦).

(٤) قطع به أيضاً المصنف في الكافي (قال أحمد يحج عنه من حيث تبلغ النفقة للراكب من غير مدينته) الكافي (٢٨٨/٢).

وقدمه في الرعايتين، والحاوى الصغير.

قال ابن عبدوس - في تذكرته - وبقيتها لعاجزة عن حجة لمصلحتها. انتهى.

وعنه: بخير. فإن تعذر فهو إرث. قاله في الرعاية، وغيره.

قال الحارثي: وفيه ببطلان الوصية إذا لم تكف الحج.

فائدتان

إحدهما: إذا كان الحج تطوعاً: أجزأ أن يحج عنه من الميقات. على الصحيح.

صححه في الحاوى الصغير.

قال في الرعاية الكبرى وهو أولى.

وقدمه في الرعاية الصغرى، والفائق.

وقدمه في الفروع، وغيره، وفي كتاب الحج.

قال الحارثي: وهو أقوى.

واختاره أبو بكر، وصاحب التلخيص، والمحرر^(١).

وقيل: لا تجزئ إلا من محل وصيته، كحجه بنفسه.

وجزم به في الكافي. وقدمه في الرعاية الكبرى.

لكن قال عن الأولى: هو أولى. كما تقدم.

وتقدم ذلك في كتاب الحج، قبيل قوله: «ويشترط لوجوب الحج على المرأة وجود

محرمها».

الثانية: إن كان الموصى قد حج حجة الإسلام: كانت الألف من ثلث ماله.

وإن كانت عليه حجة الإسلام: فنفتها من رأس المال، والباقي من الثلث.

قوله: ﴿فَإِنْ قَالَ: يُحِجُّ عَنِّي حَجَّةً بِأَلْفٍ: دُفِعَ الْكُلُّ إِلَى مَنْ يَحِجُّ عَنْهُ﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.

وجزم به في المغنى^(٢)، والمحرر^(٣)، والشرح^(٤)، والوجيز، وغيرهم.

وقدمه في الفروع والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق، والمستوعب.

(١) قطع به المجد في كتاب المناسك قال (ومن له وصى يحج نفل: جاز إخراجه من الميقات إلا أن يمنع منه قربه) المحرر (٢٣٣/١).

(٢) قطع به في المغنى فقال (وجملته أنه إذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال وجب صرف جميع ذلك في الحج أو أجمله الثلث لأنه وصى بجميعه في جهة قربة فوجب صرفه فيها وليس للولى أن يصرف إلى من يحج أكثر من نفقة المثل لأنه أطلق له التصرف في المعارضة فاقضى ذلك) المغنى (٥٦٠/٦).

(٣) قاله في المحرر (إن قال حجة بألف فالألف من الثلث لمن يحج عنه عنه أو لم يعينه) المحرر (٣٨٧/١).

(٤) ذكره أيضاً في الشرح كما في المغنى الشرح (٤٨٦/٦).

٢٢٦ كتاب الوصايا

وقيل: البقية من نفقة الحجة إرث. جزم به في التبصرة.

وحكاية الحارثي رواية. وقدمه في الهداية.

وصححه في الخلاصة. وأطلقهما في المذهب.

قوله: ﴿فَإِنْ عَيْنُهُ فِي الْوَصِيَّةِ، فَقَالَ: يَحُجُّ عَنْهُ فُلَانٌ بِأَلْفٍ. فَأَبَى الْحَجَّ وَقَالَ: اصْرَفُوا لِي الْفَضْلَ: لَمْ يُعْطَهُ. وَبَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ﴾.

يعنى من أصلها إذا كان تطوعاً.

وهذا أحد الوجهين. وهو احتمال في المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والرعاية.

وهو ظاهر ما جزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة. فإن كلامهم ككلام المصنف.

وجزم به في المحرر^(٣)، والمنور. وصححه الحارثي.

والوجه الثاني: تبطل في حقه لا غير، ويحج عنه بأقل ما يمكن من نفقة، أو أجرة. والبقية للورثة. وهو المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

وفى بعض نسخ المقنع ﴿لَمْ يُعْطَهُ وَبَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ فِي حَقِّهِ﴾ وعليها شرح الشارح.

وذكرها ابن منجا في المتن ولم يشرحها. بل علل البطلان فقط.

فعلى هذه النسخة - مع أن النسخة الأولى لا تأبى ذلك - يكون المصنف قد جزم بهذا الوجه هنا.

وجزم به في الكافي^(٤)، والنظم والوجيز، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير.

(١) ذكره في المغنى وقطع به فقال (ولو قال أصدقوا الحجة إلى من يحج وادفعوا الفضل إلى لأنه موصى به إلى لم يصرف إليه شيء لأنه إنما أوصى له بالزيادة بشرط أن يحج فإذا لم يفعل لم يوجد الشرط ولم يستحق شيئاً) المغنى (٥٦٤/٦).

(٢) ذكره في الشرح كما في المغنى. الشرح (٤٨٩/٦).

(٣) قطع به في المحرر فقال (فإن أبى من عينه أن يحج بطلت الوصية) المحرر (٣٨٧/١).

(٤) قطع به المصنف في الكافي - الكافي (٢٨٨/٢).

كتاب الوصايا ٢٢٧

وقدمه في الرعاية الكبرى، والفائق، والمغنى^(١)، والشرح^(٢)، ونصراه.
واختاره ابن عقيل. وأطلقهما في الفروع.
وذكر الناظم قولاً: أن بقية الألف للذي حج.
تنبيه: محل هذا الخلاف: إذا كان الموصى قد حج حجة الإسلام.
أما إذا لم يكن حج حجة الإسلام، وأبى من عيّنه: فإنه يقام غيره بنفقة المثل.
والفضل للورثة. ولا تبطل قولاً واحداً. وهو واضح. ويحسب الفاضل في الثلث عن
نفقة مثله، أو أجرة مثله للفرض.

فوائد

منها: لو قال «يحب عنى زيد بألف» فما فضل فهو وصية له إن حج.
ولا يعطى إلى أيام الحج. قاله الإمام أحمد رحمه الله، ويحتمل أن الفضل للوارث.
ومنها: لا يصح أن يحب وصى بإخراجها.
نص عليه الإمام أحمد رحمه الله في رواية أبي داود. أبي الحارث، وجعفر
النسائي، وحرب رحمهم الله.
قال: لأنه منفذ فهو كقوله: «تصدق عنى به» لا يأخذ منه.
ومنها: لا يحب وارث. على الصحيح من المذهب. نص عليه في رواية أبي داود
رحمه الله.
وقدمه في الفروع، وشرح الحارثي.
واختار جماعة من الأصحاب: بلى، يحب عنه إن عينه، ولم يزد على نفقته. منهم:
الحارثي.

وجزم به المصنف في المغنى^(٣)، والشارح، وشرح ابن رزين.
وفي الفصول: إن لم يعينه جاز.
ومنها: لو أوصى أن يحب عنه بالنفقة صح.
ومنها: لو وصى بثلاث حجج إلى ثلاثة في عام واحد: صح. وأحرم النائب

(١) قاله في المغنى فذكر (أن إذا عين رجلاً أن يحب فأبى أن يحب بطل التعيين ويحب عنه بأقل ما يمكن إنسان
تفه سواء ويصرف الباقي إلى الورثة) المغنى (٥٤٦/٦).
(٢) ذكره في الشرح كما في المغنى الشرح (٤٨٩/٦).
(٣) ذكره المصنف في المغنى. المغنى (٥٦٥/٦).

٢٢٨ كتاب الوصايا

بالفرض أولاً، إن كان عليه فرض.

ومنها: لو وصى بثلاث حجج. لم يكن له أن يصرفها إلى ثلاثة يحجون عنه فى عام واحد. قاله فى الرعايتين.

قال: ويحتمل أن تصح، إن كانت نفلاً.

وتقدم فى حكم قضاء رمضان، وكتاب الحج أيضاً: هل يصح حج الأجنبى عن الميت حجة الإسلام بدون إذن وليه أم لا؟.

وقال فى الفروع - فى باب حكم قضاء الصوم - حكى الإمام أحمد عن طاوس: جواز صوم جماعة فى يوم واحد. ويجزئ عن عدتهم من الأيام.

قال: وهو أظهر. واختاره المجد.

قال: فدل ذلك على أن من أوصى بثلاث حجج، جاز صرفها إلى ثلاثة يحجون عنه فى سنة واحدة.

وحزم ابن عقيل بأنه لا يجوز. لأن نائبه مثله.

وذكره فى الرعاية قولاً. ولم يذكر قبله ما يخالفه.

ذكره فى فصل استنابة المغصوب من باب الإحرام وهو قياس ما ذكره القاضى فى الصوم. انتهى كلامه فى الفروع.

ولم يستحضر تلك الحال ما ذكره فى باب الموصى به، أو رآه بعد ذلك. وقد أطلق وجهين فى صحة ذلك.

تم وجدت الحارثى نقل عن القاضى، وابن عقيل، والسامرى: صحة صرف ثلاث حجج فى عام واحد، وقال: وهو أولى.

قوله: ﴿فَإِنْ وَصَّى لِأَهْلِ سِكَتِهِ، فَهُوَ لِأَهْلِ دَرَبِهِ﴾.

هذا المذهب. حزم به فى المغنى^(١)، والوجيز، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، والمستوعب، والهداية، والمذهب، والخلاصة، وغيرهم.

وقدمه فى الرعاية الكبرى، والفروع، وغيرهما.

(١) قطع به المصنف فقال (وإن وصى لأهل دربه أو سكنه فهم أهل الحلة الذين طريقهم فى دربه). المغنى (٥٥٧/٦).

كتاب الوصايا ٢٢٩

وقيل: هما أهل المحلة الذين يكون طريقهم بديره.

فائدة: يعتبر في استحقاقه سكناه في السكة: حال الوصية. نص عليه.

وجزم به في المستوعب، وغيره.

وقدمه في الفروع. واختاره ابن أبي موسى.

وقال في المغنى. ويستحق أيضاً لو طرأ إلى السكة بعد الوصية.

وقال في القاعدة السابعة بعد المائة: وفي دخول المتجدد بعد الوصية، وقبل موت

الموصى: روايتان.

ثم قال: والمنصوص - فيمن أوصى أن يتصدق في سكة فلان بكذا وكذا فسكنها قوم بعد الموصى - قال: إنما كانت الوصية للذين كانوا.

ثم قال: ما أدرى كيف هذا؟ قيل: فيشبه هذا الكورة؟ قال: لا. الكورة وكثرة أهلها: خلاف هذا المعنى، ينزل قوم ويخرج قوم، يقسم بينهم. انتهى.

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى لِجِيرَانِهِ: تَنَاوَلَ أَرْبَعِينَ دَارًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ﴾.

هذا المذهب. نص عليه. وعليه أكثر الأصحاب.

منهم أبو حفص، والقاضى وأصحابه، والمصنف^(١)، والشارح.

وجزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في المحرر^(٢)، والفروع، والفائق، والرايعتين، والحاوى الصغير، والمستوعب، والهداية، والمذهب، والخلاصة.

وقال أبو بكر: مستدار أربعين داراً.

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله.

قال في المستوعب: وقال أبو بكر، وقيل: مستدار أربعين داراً.

قال في الفائق - بعد قول أبى أبكر - وقيل: من أربعة جوانب.

(١) ذكر المصنف في المغنى فقال (نص عليه أحمد ولما روى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال والجار أربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا وهذا نص لا يجوز العدول عنه إن صح وإن لم يثبت الخير فالجار هو المقارب ويرجع فى ذلك إلى العرف) المغنى (٥٥٦/٦).

(٢) قدمه صاحب المحرر فقال (وأهل سكنه هم أهل دربه وجيرانه أربعون داراً من كل جانب) المحرر (٣٨٢/١).

قال الشارح - عن قول أبي بكر - يعنى: من كل جانب.

وعنه جيرانه: مستدار ثلاثين داراً. ذكرها فى الفروع.

وقال فى الفائق: تناول أربعين داراً من كل جانب.

وعنه: ثلاثين. ذكرها أبو الحسين.

فظاهر هذه الرواية مخالف للتي قبلها. لكن فسرنا الحارثى بالأول.

ونقل ابن منصور: لا ينبغي أن يعطى هنا إلا الجار الملاصق.

وقيل: يرجع فيه إلى العرف.

قلت: وهو الصواب، إن يصح الحديث.

وقد استدلل المصنف، والشارح للمذهب بالحديث فيه. وقال: هذا نص لا يجوز العدول عنه، إن صح. وإن لم يثبت فالجار: هو المقارب. ويرجع فى ذلك إلى العرف. انتهى.

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى لِأَقْرَبِ قَرَابَتِهِ - وَلَهُ أَبٌ وَأَبْنٌ - فَهُمَا سَوَاءٌ. وَالْأَخُ وَالْجَدُّ سَوَاءٌ﴾.

هذا المذهب. بلا ريب. وعليه جماهير الأصحاب.

وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى المغنى^(١) والشرح^(٢) والمحرر^(٣)، والفروع، وغيرهم.

ويحتمل^(٤) تقديم الابن على الأب، والأخ على الجد.

وقيل: يقدم الجد على الأخ.

تنبيه: قوله: ﴿وَالْأَخُ مِنَ الْأَبِ، وَالْأَخُ مِنَ الْأُمِّ: سَوَاءٌ﴾.

بلا نزاع. وهذا مبني على القول بأن الأخ من الأم يدخل فى القرابة، على ما

(١) ذكره فى المغنى مقدماً فقال (ويستوى الأب والابن لأن كل واحد منها يدلى بنفسه من غير واسطة). المغنى (٥٥١/٦).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٤٩٢/٦).

(٣) ذكره أيضاً فى المحرر مقدماً (المحرر ٣٨٢/١).

ذكره فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٤٩٢/٦).

(٤) ذكر الاحتمال صاحب المغنى فقال (ويحتمل أن يقدم الابن لأنه يسقط تعصيب الأب) المغنى (٥٥٦/٦).

كتاب الوصايا ٢٣١

تقدم فى كتاب الوقف. قاله فى الفروع، وغيره. وكذا الحكم فى أبنائهما.

وكذا يحمل ما قاله فى المغنى^(١) والكافى: أن الأب والأم سواء.

قوله: ﴿وَالْأَخُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ: أَحَقُّ مِنْهُمَا﴾.

وهو المذهب، وعليه الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

وقال فى الفروع، ويتوجه رواية: أنه كأخيه لأبيه، لسقوط الأمومة كالنكاح.

وحزم به فى التبصرة.

قلت: واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله.

ذكره فى القاعدة العشرين بعد المائة، لكن ذكره فى الوقف.

فائدتان

إحدهما: الأب أولى من ابن الابن. على الصحيح من المذهب.

قدمه فى الفروع، والحرثى.

وقطع به فى المغنى^(٢)، وغيره.

وقدم فى الترغيب: أن ابن الابن أولى.

قال: وكل من قُدِّمَ قُدِّمَ ولده، إلا الجدَّ. فإنه يقدم على بنى إخوته، وأخاه لأبيه.

فإنه يقدم على ابن أخيه لأبويه.

الثانية: يستوى جداه وعماه كأبويه. على الصحيح من المذهب. قدمه فى الفروع.

وقيل: يقدم جده وعمه لأبيه.

قوله: ﴿وَلَا تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ لِكَنِيسَةٍ، وَلَا بَيْتِ نَارٍ﴾.

هذا المذهب^(٣). وعليه الأصحاب قاطبة. وقطع به أكثرهم.

وذكر القاضى: أنه لو أوصى بمحصر البيع وقناديلها وما شاكل ذلك، ولم يقصد

إعظامها: أن الوصية تصح. لأن الوصية لأهل الذمة صحيحة.

(١) ذكره فى المغنى فقال (والأب والأم سواء ثم قال (والأخوة والأخوات لأنهم ولد الأب أو من ولد الأم) المغنى (٥٥١/٦).

(٢) قاله فى المغنى وقطع به هكذا (ويقدم الأب على ابن الابن) المغنى (٥٥١/٦).

(٣) ذكره فى الشرح فقال (لأنها محرمة وفعلها محرم وبعضها فلم تصح الوصية بها كما وصى بعبده أو أمته للعجوز ولأنها لا يجوز فى الحياة فلا يجوز فى الممات) الشرح (٤٩٥/٦). والمغنى (٥٣٢/٦).

والكافى (٢٦٨/٢). المحرر (٣٨٤/١).

٢٣٢ كتاب الوصايا

قلت: وهذا ضعيف.

ورده السراح. واقتصر عليه في الرعاية، وقال: فيه نظر.

وروى عن الإمام أحمد رحمه الله ما يدل على الوصية من الذمى لخدمة الكنيسة.

قال في الهداية، ومن تبعه: وإن وصى لبناء كنيسة أو يبعه أو كُتِبَ التَّوَارَةُ والإنجيل: لم تصح الوصية.

ونقل عبدالله ما يدل على صحتها.

قال في الرعايتين: لم تصح على الأصح.

تم قال: قلت: تحمل الصحة على وصية ذمى بما يجوز له فعله من ذلك. انتهى.

قلت: وحمل الرواية على غير ظاهرها متعين.

قوله: ﴿وَلَا لِكُتُبِ التَّوَارَةِ، وَالْإِنْجِيلِ، وَلَا لِمَلِكٍ، وَلَا لِمَيْتٍ﴾.

بلا نزاع^(١). وقال في الرعاية: ولا تصح لكتب تواراة وإنجيل على الأصح.

وقيل: إن كان الموصى بذلك كافراً: صح، وإلا فلا.

وتقدم قريباً في فائدة: هل تشترط القرابة في الوصية أم لا؟.

تنبيه: قوله: ﴿وَلَا لِبَهِيمَةٍ﴾.

إن وصى لفرس حبيس: صح. إذا لم يقصد تملكه كما صرح به المصنف^(٢) قبل ذلك.

وإن وصى لفرس زيد: صح. ولزم بدون قبول صاحبها. ويصرفها في علفه.

ومراد المصنف هنا: تملك البهيمة.

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى لِحَيٍّ وَمَيِّتٍ يَغْلُمُ مَوْتَهُ، فَالْكُلُّ لِلْحَيِّ﴾.

وهو أحد الوجهين.

ونقل عن الإمام أحمد رحمه الله ما يدل على عليه.

(١) حزم به في المغنى فقال (وإن وصى لكتب التوراة والإنجيل لم تصح لأنها كتب منسوخة وفيها تبديل الاشتغال بها غير جائز وقد غضب النبي ﷺ عندما رأى مع عمر شيئاً مكتوباً من التوراة) المغنى (٥٣٢/٦). والشرح (٤٩٥/٦). المحرر (٣٨٤/١).

(٢) ذكره المصنف في المغنى الوصية للفرس الحبيس (المغنى (٥٩٢/٦).

كتاب الوصايا ٢٣٣

واختاره في الهداية، والكافي^(١).
 وجزم به في الوجيز. وصححه في النظم.
 قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب.
 ويحتمل أن لا يكون له إلا النصف. وهو المذهب.
 جزم به في المذهب، وغيره.
 وقدمه في المستوعب، والخلاصة، والمحزر^(٢)، والمغنى^(٣)، والشرح^(٤)، والرعايتين،
 والحاوي الصغير، والفروع، والفائق.
 قال الحارثي: هذا المذهب. وعليه عامة الأصحاب.
 حتى أبو الخطاب في رءوس المسائل.
 ونص عليه من رواية ابن منصور.
 وقال في الرعاية الكبرى: وتتوجه القرعة بين الحى والميت.
 تنبيه: محل الخلاف، إذا لم يقل: هو بينهما. فإن قاله: كان له النصف. قولاً
 واحداً.

قوله: ﴿وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ، فَلِلْحَيِّ نِصْفُ الْمَوْصِيِّ بِهِ﴾ بلا نزاع.

فوائد

إحداها: لو وصى له ولجبريل، أو له وللحائط بثلاث ماله: كان له الجميع.
 على الصحيح من المذهب. نص عليه^(٥).
 وقدمه في الفروع، والرعاية الصغرى، والحاوي الصغير، والهداية، والمذهب،
 والمستوعب، والخلاصة، وغيرهم.

(١) ذكره في الكافي مقدماً (وإن وصى بشيء لزيد ولمن لا يملك كالميت فالوصى به كله لزيد). الكافي (٢٧٨/٢).

(٢) ذكره في المحرر مقدماً فقال (وإن أوصى به لحي وميت يعلم موته فللحي النصف وتلعو وصية الميت). المحرر (٣٨٤/١).

(٣) ذكره في المغنى مقدماً فقال (فإذا أوصى لاثنتين هي ومقت فللحي نصف الوصية سواء علم موت الميت أو جهله). المغنى (٤٣٦/٦).

(٤) ذكره في الشرح كما في المغنى الشرح (٤٩٦/٦).

(٥) ذكره المصنف في الكافي فقال (وإن وصى بشيء لمن ملك ولمن لا يملك كجبريل والرياح فالوصى به له أى لمن يملك. الكافي (٢٧٨/٢). المغنى (٤٣٧/٦). والمحزر (٣٨٤/١) والشرح (٤٩٦/٦).

٢٣٤ كتاب الوصايا

وقيل: له النصف. وهو احتمال للقاضى.

قلت: هى شبيهة بالتى قبلها.

الثانية: لو وصى له وللرسول - ﷺ - بثلث ماله: قسم بينهما نصفان. على الصحيح من المذهب. نص عليه.

وقدمه فى الفروع، والفائق.

وجزم به فى الرايعتين، والحاوى الصغير، والتلخيص.

وقيل: الكل له.

فعلى المذهب: يصرف ما للرسول فى المصالح. قاله فى الفروع.

وقال فى الرايعتين، والحاوى الصغير، والفائق: يصرف فى الكراع، وفى السلاح، والمصالح.

الثالثة: لو وصى له والله: قسم نصفان. على الصحيح من المذهب. قدمه فى الرايعتين، والحاوى الصغير، والفائق، والفروع.

وقيل: كله له. كالتى قبلها. جزم به فى الكافى^(١).

الرابعة: لو وصى لزيد وللفقراء بثلثه: قسم بين زيد والفقراء نصفين.

نصفه له ونصفه للفقراء. على الصحيح من المذهب.

قدمه فى الرايعتين، والحاوى الصغير، والفروع.

وقال فى الرعاية الكبرى، قلت: إذا أوصى لزيد وللفقراء: فهو كأحدهم.

فيجوز أن يعطى أقل شىء. انتهى.

ولو كان زيد فقيراً: لم يستحق من نصيب الفقراء شيئاً. نص عليه فى رواية ابن هانى، وعلى بن سعيد. وهو المذهب. وعليه الأصحاب.

ونقل القاضى الاتفاق على ذلك.

مع أن ابن عقيل - فى فنونه - حكى عنه: أنه خرج وجهاً بمشاركتهم إذا كان فقيراً. ذكره فى القاعدة السابعة عشر بعد المائة.

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى لَوَارِثِهِ وَأَجْنَبِيٍّ بِثُلْثِ مَالِهِ، فَرَدَّ الْوَرِثَةَ فَلِلْأَجْنَبِيِّ السُّدُسُ﴾. بلا نزاع أعلمه.

(١) قطع به فى الكافى (قال - إذا وصى بشىء لله ولزيد فجميعه لزيد لأن ذكر الله تعالى للتبرك باسمه) الكافى (٢/٢٧٨).

كتاب الوصايا ٢٣٥

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى لَهُمَا بِثُلْثَى مَالِهِ: فَكَذَلِكَ عِنْدَ الْقَاضِي﴾.

يعنى: إذا ردَّ الورثة نصف الوصية. وهو ما جاوز الثلث من غير تعيين فيكون للأجنبي السدس، والسدس للوارث.

هذا المذهب^(١). جزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، وشرح ابن منجا. واختاره ابن عقيل.

وعند أبى الخطاب له الثلث كله، كما لو رد الورثة وصيته.

وقيل: السدس للأجنبي. ويبطل الباقي. فلا يستحق الوارث فيه شيئاً.

فوائد

إحداها: لو ردوا نصيب الوارث: كان للأجنبي الثلث كاملاً. على الصحيح من المذهب.

قدمه فى الفروع، والرعايتين، والحاوى الصغير.

وقيل: له السدس. ورده بعضهم.

الثانية: لو أجازوا للوارث وحده: فله الثلث. بلا نزاع.

وكذا إن أجازوا للأجنبي وحده: فله الثلث. على الصحيح من المذهب.

قدمه فى الرعايتين، والحاثرى.

وقيل: له السدس فقط.

الثالثة: لو ردوا وصية الوارث، ونصف وصية الأجنبي: فله السدس. على الصحيح من المذهب. وهو ينزع إلى قول القاضى.

وقدمه فى الرعاية، وغيرها.

وقيل: له الثلث. وهو ينزع إلى قول أبى الخطاب.

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى بِمَالِهِ لِأَبْنَيْهِ وَأَجْنَبَى، فَرَدَّا وَصِيَّتَهُ. فَلَهُ التَّسْعُ عِنْدَ الْقَاضِي﴾.

(١) قطع به المصنف فى المغنى (٤٢٤/٦) والشرح (٤٩٩/٦).

٢٣٦ كتاب الوصايا

وهو الصحيح من المذهب^(١).

وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى الرايتين، والحاوى الصغير، والفائق.

وعند أبى الخطاب: له الثلث.

قال فى الرعاية الكبرى: وهو أقيس.

قال فى الفائق: ويحتمل أن يكون له السدس، جعلاً لهما صنفاً.

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى لِزَيْدٍ، وَلِلْفُقَرَاءِ، وَالْمَسَاكِينِ بِثُلَاثِهِ. فَلِزَيْدٍ التُّسْعُ. وَالباقى لهُمَا﴾.

وهذا المذهب^(٢)، وعليه الأصحاب.

وقال فى الفروع، قلت: ويحتمل أن له السدس. لأنهما هنا صنف. انتهى.

قلت: يتخرج فيه أيضاً: أن يكون كأحدهم. فيعطى أقل شىء. كما قاله صاحب الرعاية، على ما تقدم قريباً.

فوائد

الأولى: لو وصى له وإخوته بثلاث ماله: فهو كأحدهم. قدمه فى الرعاية الكبرى، وقال: ويحتمل أن له النصف ولهم النصف.

قال الحارثى: أظهر الوجهين: أن له النصف.

وقال فى الفروع: ولو وصى له وللفقراء بثلاثة. فنصفان.

وقيل: هو كأحدهم، كله وإخوته فى وجه.

فظاهر ما قدمه: أن يكون له النصف. وهو احتمال فى الرعاية. وهو المذهب.

وتقدم قريباً: إذا أوصى له وللفقراء، أو له والله، أو له وللرسول، وما أشبه ذلك.

الثانية: لو وصى بدين كتب العلم: لم تدفن. قاله الإمام أحمد رحمه الله.

وقال: ما يعجبني.

(١) ذكره صاحب الشرح فقال (لأن الوصية تتعلق بالشرط) الشرح (٥٠٠/٦). المغنى (٤٢٥/٦) والكاظمي (٢٧٩/٢) والمحرر (٣٨٨/١).

(٢) ذكره صاحب الشرح فقال (ولنا أنه وصى لثلاث جهات فوجب أن يقسم بينهم بالسوية كما لو وصى لزيد وعمرو وخالد) الشرح (٥٠١/٦) والكاظمي (٢٧٧/٢). المحرر (٣٨٤/١).

ونقل الأثرم: لا بأس.

ونقل غيره: يحسب من ثلثه. وعنه: الوقف.

قال الخلال: الأحوط دفنها.

الثالثة: لو وصى بإحراق ثلث ماله: صح. وصرف في تحميم الكعبة، وتنوير المساجد. ذكره ابن عقيل، واقتصر عليه في الفروع.

قلت: الذي ينبغي: أن ينظر في القرائن. فإن كان من أهل الخير، ونحوهم: صرف في ذلك، وإلا فهو لغو.

الرابعة: قال ابن عقيل، وابن الجوزي: لو وصى بجعل ثلثه في التراب.

صرف في تكفين الموتى.

ولو وصى يجعله في الماء: صرف في عمل سفن للجهاد.

قلت: وهذا من جنس ما قبله.

وقال ابن الجوزي - إما من عنده، وأما حكاية عن الإمام الشافعي رحمه الله - ولم يخالفه: لو أن رجلاً وصى بكتبه من العلم لآخر. فكان فيها كتب الكلام: لم تدخل في الوصية. لأنه ليس من العلم. وهو صحيح.

* * *

باب الموصى به

قوله: ﴿تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْمَعْدُومِ، كَالَّذِي تَحْمِلُ أُمْتُهُ، أَوْ شَجَرَتُهُ أَبَدًا، أَوْ مُدَّةً مُعَيَّنَةً﴾.

هذا المذهب^(١). وعليه الأصحاب.

فإن حصل شيء: فهو له، وإلا بطلت.

قال في الفروع: يعتبر إمكان الموصى به.

وفي الترغيب وغيره: واختصاصه.

(١) حزم في الشرح قال - تصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه كالآبق والشارد والطير في الهواء لأن الوصية إن صحت بالمعدوم فيغيره أولى ولأنها أجريت مجرى الميراث وهذا يورث فيوصى به فلان قدر عليه أخذه وسلمه إذا خرج من الثلث الشرح (٥٠٢/٦). والكافي (٢٦٩/٢). المغنى (٤٧٦/٦). والمحرم (٣٨٦/١).

فلو وصى بمال غيره: لم يصح، ولو ملكه بعد.
وتصح بزوجه. ووقت فسخ النكاح: فيه الخلاف.
وبما تحمل شجرته أبداً، أو إلى مدة. ولا يلزم الوارث السقي. لأنه لم يضمن تسليمها، بخلاف مشتر.
ومثله بمائة لا يملكها إذن.
وفى الروضة: إن وصى بما تحمل هذه الأمة، أو هذه النخلة: لم تصح. لأنه وصية معدوم.

والأشهر: وبحمل أمته، ويأخذ قيمته. نص عليه.
وقيل: ويدفع أجرة حضنته. انتهى كلام صاحب الفروع.
وقيل: لا تصح الوصية بحمل أمته.
قوله: ﴿وَتَصِحُّ بِمَا فِيهِ نَفْعٌ مُبَاحٌ مِنْ غَيْرِ الْمَالِ. كَالْكَلْبِ، وَالزَّيْتِ النَّجِسِ. فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فَلِلْمُوصَى لَهُ ثُلُثُ ذَلِكَ﴾.

يعنى: إذا لم تجز الورثة. وهذا بلا نزاع.
﴿وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ، فَجَمِيعُ ذَلِكَ لِلْمُوصَى لَهُ، وَإِنْ قَلَّ. فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ﴾.
وصححه فى التصحيح. وجزم به فى الخلاصة، والوجيز، والحاوى الصغير.
إلا أن تكون النسخة مغلوطة.
وقدمه فى الهداية، والمستوعب.
قال الحارثي: وهو الأظهر عند الأصحاب.
﴿وَفِي الْآخِرِ لَهُ ثُلُثُهُ﴾.

وهو المذهب. قدمه فى الرعايتين، والفروع، والفائق. واختاره فى المحرر^(١).
وأطلقهما فى المذهب، والشرح^(٢)، وشرح ابن منجا.

(١) قاله فى المحرر فذكر (كالكلب المعلم والزيت النجس ونحوهما وله ثلثه لا غير) المحرر (٣٨٦/١).
(٢) ذكر الإطلاق صاحب الشرح (قال إن كان له كلب ولا مال سواه فله ثلثه وإن كان له مال سواه فقيده قبل للموصى له جميع الكلب وإن قل المال لأن قليل المال خير من الكلب لكونه لا قيمة له - وقيل - للموصى له به ثلثه وإن كنز المال لأب موضوع الوصية على أن يسلم ثلثا الثروة للورثة وليس فى الثروة شيء من خيس الموصى به) الشرح (٥٠٣/٦).

كتاب الوصايا ٢٣٩

قال الحارثي: ويحتمل وجهاً ثالثاً، وهو أن يضم إلى المال بالقيمة. فتقدر المالية فيه، كتقديرها في الجزء في بعض الصور. ثم يعتبر من الثلث كأنه مال. قال: وهذا أصح.

فوائد

إحداها: الكلب المباح النفع: كلب الصيد، والماشية، والزرع، لا غير.

على الصحيح من المذهب.

قال الزركشي: هذا الأشهر.

قال في الرعاية الكبرى: في الصيد.

وقيل: أو بستان. وقاله في الرعايتين في آدابهما.

وقيل: و كلب البيوت أيضاً. وهو احتمال للمصنف. فعليه: تصح الوصية أيضاً وأما الجرو الصغير: فيباح تربيته لما يباح اقتناؤه له. على الصحيح من المذهب. صححه في الفروع، والرعاية الصغرى - في آدابهما - والمصنف، والشارح، وغيرهم.

وقدمه في الكافي^(١). فتصح الوصية به.

وقيل: لا تجوز تربيته، فلا تصح الوصية به.

وأطلقهما في الرعاية الكبرى.

أما إن كان عنده ما يصيد به، ولم يصد به، أو يصيد به عند الحاجة إلى الصيد، أو لحفظ ماشية، أو زرع، إن حصل: فخلافاً. قاله في الفروع.

وذكره في المغنى^(٢)، والشرح^(٣): احتمالين مطلقين. ذكره في البيع.

قلت: الذي يظهر: أن ذلك كالجرو الصغير.

وقدم في الكافي^(٤): الجواز.

وقدمه ابن رزين، وجعل في الرعاية: الكلب الكبير، الذي لا يصيد به لهواً، كالجرو الصغير. وأطلق الخلاف فيه.

وجزم بالكراهة في آداب الرعايتين.

(١) ذكره مقدماً في الكافي (٢/٢٧٠).

(٢) ذكر الإطلاق في المغنى - المغنى (٦/٥٨٤).

(٣) ذكر الإطلاق في الشرح - الشرح (٦/٥٠٣).

(٤) ذكر الجواز صاحب الكافي قال (وتجوز الوصية بما يجوز الانتفاع به من النجاسات كالكلب لأنه يجوز

اقتناؤه للإنتفاع) الكافي (٢/٢٧٠).

٢٤٠ كتاب الوصايا

وقال في الواضح: الكلب ليس مما يملكه.

وفى طريقة بعض الأصحاب: إنما يصح لملك اليد الثابت له، كخمر تخلل.
ولو مات من فى يده خمر: ورث عنه. فلهذا يورث الكلب. نظراً إلى اليد حساً.
الثانية: تقسم الكلاب المباحة بين الورثة، والموصى له، والموصى لهما: بالعدد.
فإن تشاحوا: فبقرة.

ويأتى فى باب الصيد: تحريم اقتناء الكلب الأسود البهيم، وجواز قتله.
وكذا الكلب العقور.

الثالثة: لو أوصى له بكلب، وله كلاب.

قال فى الرعاية: له أحدها بالقرعة. وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته.
وعنه: بل ما شاء الورثة. انتهى.

قلت: وهذا هو الصواب. وأطلقهما الحارثى.

تنبيه: أفادنا المصنف - رحمه الله - بقوله: «وتصح بما فيه نفع مباح كالزيت
النحس» أن ذلك على القول بجواز الاستصباح به. وهو المذهب، على ما تقدم فى
كتاب البيع.

أما على القول بعدم الجواز: فما فيه نفع مباح. فلا تصح الوصية به. وهو
صحيح. صرح به المصنف، والشارح، وغيرهما.
وظاهر كلامه فى الرعايتين الكبرى: الإطلاق. وإنما جعل التقييد بما قال المصنف
من عنده.

قوله: ﴿وَتَصَحُّ الوَصِيَّةُ بِالْمَجْهُولِ كَعَبْدٍ وَشَاةٍ﴾. بلا نزاع.

﴿وَيُعْطَى مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْاسْمُ. فَإِنْ اِخْتَلَفَ الْاسْمُ بِالْحَقِيقَةِ وَالْعُرْفِ، كَالشَّاةِ.
هِيَ فِي الْعُرْفِ لِلْأُنْثَى﴾. يعنى: الأنثى الكبيرة ﴿وَالْبَعِيرِ، وَالْثَوْرِ﴾. هو: ﴿فِي
الْعُرْفِ لِلذَّكَرِ﴾. يعنى: الذكر الكبير: ﴿وَحَدَّةٍ. وَفِي الْحَقِيقَةِ لِلذَّكَرِ، وَالْأُنْثَى:
غُلْبِ الْعُرْفِ﴾.

هذا اختيار المصنف^(١). صححه الناظم.

(١) ذكره المصنف بتفصيله وتقسيمه فى المعنى (٥٨٣/٦)

وجزم به فى الوجيز.
 وقدم فى الرعايتين: أن «الشاة» للأنتى.
 وجزم به فى التبصرة فى «البعير» و«الثور».
 وقال المصنف: «العبد للذكر المعروف»
 وقدمه فى الفروع فى باب الوقف، والخارتى هنا.
 وعند القاضى وغيره: لا يشترط كونه ذكرًا.
 وقال فى الفروع فى الوقف- فيما إذا أوصى بعبد- فى أجزاء خنشى غير مشكل
 وجهان. وجزم الحارثى أنه لا يدخل فى مطلق العبد.
 وقال أصحابنا: تغلب الحقيقة. وهو المذهب. فيتناول الذكور والإناث، والصغار
 والكبار.

وأطلق فى الشرح فى «البعير» وجهين.
 وقال القاضى فى الخلاف «الشاة» اسم لجنس الغنم يتناول الصغار والكبار
 قوله: «وَالدَّابَّةُ اسْمٌ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى مِنَ الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ».
 هذا المذهب^(١). وعليه أكثر الأصحاب. قطع به كثير منهم.
 فتتقيد يمين من حلف لا يركب دابة بها.
 وفى الترغيب وجه فى وصية بدابة: يرجع إلى عرف البلد.
 وذكر أبو الخطاب فى التمهيد- فى الحقيقة العرفية- أن «الدابة» اسم للفرس
 عرفا، وعند الإطلاق: ينصرف إليه.

وذكره فى الفنون عن أصول، يعنى بنفسه.
 قال: لأن لها نوع قوة من الديب: ولأنه ذو كَرٍّ وفَرٍّ.

فوائد

الحصان والجمال والحمار: للذكر. والناقة والبقرة والحِجْرَة والأتان: للأنتى. وأما
 الفرس: فللذكر والأنتى.

قال فى الفائق: قلت: والبغل للذكر، والبغلة تحتل وجهين. انتهى.

(١) ذكره فى المغنى فقال: (إن أوصى بدابة فهى واحدة من الخيل والبغال والحمير يتناول الذكر والأنتى
 لأن الاسم على جميع ذلك إلا أن يقرن به ما يصرفه إلى أحدهما المغنى (٥٨٣/٦) والشرح (٥٠٦/٦).

٢٤٢ كتاب الوصايا

ولو قال «عشرة من إبلى وغنمى» فهو للذكر والأنثى. على الصحيح.
وقال المصنف^(١)، والشارح: يحتمل أنه إن قال «عشرة» بالهاء. فهو للذكور.
وبعدمها للإناث.

«والرقيق» للذكر والأنثى والخنثى.

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِغَيْرِ مُعَيَّنٍ - كَعَبْدٍ مِنْ عِبِيدِهِ - صَحَّ. وَيُعْطِيهِ الْوَرَّةُ مَا شَاءُوا مِنْهُمْ. فِي ظَاهِرِ كَلَامِهِ﴾.

هو إحدى الروایتين. نص عليه فى رواية ابن منصور. وهو المذهب.
اختاره القاضى، وأبو الخطاب، والشريف أبو جعفر - فى خلافهما - والشيرازى،
والمصنف^(٢)، وابن عبدوس فى تذكرته.

وقدمه فى الرايتين، والحاوى الصغير. وصححه فى النظم.

وقال الخرقى: يعطى واحد بالقرعة.

وهو رواية عن الإمام أحمد. رحمه الله.

اختاره ابن أبى موسى، وصاحب المحرر^(٣). وأطلقهما فى الفروع.

وقال فى التبصرة: هاتان الروایتان فى كل لفظ احتمل معنيين، قال: ويحتمل حملهما
على ظاهرهما.

فائدة: قال القاضى فى هذه المسألة: يعطيه الورثة ما شاءوا من عبد أو أمة.

قلت: وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

وقال المصنف: الصحيح عندى: أنه لا يستحق إلا ذكراً. وهو المذهب كما تقدم.
وهو ظاهر النظم الإطلاق.

قوله: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَبِيدٌ: لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ﴾.

وهو المذهب. صححه فى التصحيح، والنظم. وجزم به فى الوجيز.

(١) ذكره فى المغنى بنصه وقامه. المغنى (٥٨٣/٦)

(٢) ذكره المصنف فى المغنى فقال (ويشترى له عبد أى عبد كان وإن كان له عبيد أعطاه الورثة ما شاءوا ولا قرعة ههنا لأنه لم يضاف الرقيق إلى نفسه ولا جعله واحداً من عدد محصور فلم يستحق الموصى له أكثر من أقل من يسمى عبداً كما لو أقر له بعبد) المغنى (٥٨٢/٦).

(٣) ذكره فى المحرر مقدماً قال (فإذا أوصى له بعبد من عبيده فهما فله أحدهم بالقرعة) المحرر (٣٨٥/١).

قال الحارثي: المذهب البطلان.
 وقدمه في المحرر^(١)، والفروع، والحاوي الصغير.
 وتصح في الآخر. ويشترى له ما يسمى عبداً.
 وأطلقهما في الشرح^(٢)، والفائق.
 فعلى المذهب: لو ملك عبيداً قبل موته، فهل تصح الوصية؟ فيه وجهان.
 وأطلقهما في الشرح^(٣)، والفروع، والفائق، وشرح الحارثي.
 أحدهما: تصح. وهو الصحيح. جزم به في الحاوي الصغير. وقدمه في الرايتين.
 والثاني: لا تصح، كمن وصى لعمرو بعبد زيد ثم ملكه.
 فائدة: لو وصى بأن يعطى مائة من أحد كيسين. فلم يوجد فيهما شيء. استحق
 مائة على الصحيح من المذهب. نص عليه.
 قال في الفروع: استحق مائة على المنصوص.
 وجزم به في الرايتين.
 وهو ظاهر ما جزم به الحارثي.
 وقيل: لا يستحق شيئاً.
 قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ لَهُ عَبِيدٌ، فَمَاتُوا إِلَّا وَاحِدًا: تَعَيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِيهِ﴾.
 وهو الصحيح من المذهب.
 جزم به في المغنى^(٤)، والشرح^(٥)، والفائق، والرعاية الصغرى، والحاوي الصغير.
 وقدمه في الفروع، والرعاية الكبرى.
 وقيل: يتعين بالقرعة.

(١) ذكره في المحرر مقدماً (٣٨٥/١)

(٢) ذكر الإطلاق في الشرح قال (لم تصح في أحد الوجهين لأنه أوصى له بلا شيء الثاني تصح - لأنه

لما تعذرت الصفة بقي أصل الوصية فأشبه ما لو وصى له بألف لا يملكه ثم هلكت الوصية (٥٠٧/٦)

(٣) ذكر الوجهين أيضاً صاحب الشرح في هذه المسألة فقال (احتمل أن لا تصح الوصية لأنها وقعت

باطلة والثاني لم تبطل الوصية لأنه قصد إعطاءه ولأنه لما تقدرت الصفة بقي أصل الوصية) الشرح

(٥٠٧/٦).

(٤) قطع به المصنف في المغنى فقال (إن كان له عبيد فماتوا كلهم إلا واحداً تعينت الوصية فيه لتعذر

تسليم الباقي) المغنى (٥٨١/٦).

(٥) ذكره صاحب الشرح كما في المغنى. الشرح (٥٠٧/٦).

قال فى الرعاية الكبرى: ويتوجه أن يقرع بين الحى والميت.
فائدة: لو لم يكن له إلا عبد واحد: صحت. وتعينت فيه. على الصحيح من
المذهب. قاله القاضى، وابن عقيل، والمصنف، وغيرهم.
وقال الحارثى: قياس المذهب: بطلان الوصية.
ولو تلف رقيقه كلهم قبل موت الموصى: بطلت الوصية.
ولو تلفوا بعد موته من غير تفريط: فكذا. فكذا.
قوله: ﴿وَإِنْ قُتِلُوا كُلُّهُمْ فَلَهُ قِيمَةُ أَحَدِهِمْ عَلَى قَاتِلِهِ﴾.
إما بالقرعة أو باختيار الورثة، على الخلاف المتقدم. قاله الأصحاب^(١).
وقال فى الرعايتين، والحاوى الصغير. إن قتلوا فى حياته: بطلت. وإن قتلوا بعد
موته أخذت قيمة عبد من قاتله. وقاله فى النظم وغيره.
فيحمل كلام المصنف على ذلك.
قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِقَوْسٍ - وَلَهُ أَقْوَأْسٌ لِلرَّمِي وَالْبُنْدُقِ وَالنَّدَفِ - فَلَهُ قَوْسُ
النَّشَابِ. لِأَنَّهُ أَظْهَرُهَا، إِلَّا أَنْ يَقْتَرِنَ بِهِ قَرِينَةٌ تَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِهِ﴾.
هذا المذهب. صححه المصنف^(٢) وغيره.
وحزم به فى الوجيز، وغيره.
وقدمه فى الفروع، والفائق، والرعايتين، والحاوى الصغير، والنظم.
قال الحارثى: وهو الأصح.
وعند أبى الخطاب: له واحد منها، كالوصية بعبد من عبيده.
واختاره فى الهداية. وأطلقهما فى المذهب.
وقيل: له واحد منها غير قوس البندق. وأطلقهن فى الفائق.
وقيل: له ما يرمى به عادة.

(١) ذكره المصنف فى المغنى قال (وإن قتلهم قاتل فللموصى له قيمة أحدهم مبنيا على الروايتين فيمن
يستحقه منهم فى الحياة) المغنى (٥٨١/٦) المحرر (٣٨٥/١) الشرح (٥٠٧/٦) الكافى (٢٨٣/٢)
(٢) صححه المصنف وذكره فى المغنى فقال (ولو أوصى له بقوس صحت الوصية فإن فيه منفعة مباحة
سواء كان قوس نشاب وهو الفارسى أو نبل وهو العربى فإن لم يكن له إلا قوس واحد من هذه القوسى
تعينت الوصية فيه) المغنى (٥٨٥/٦).

قال فى الرعايتين، والحاوى الصغير: فله قوس النشاب.

وقيل: والنبل. قال فى المذهب: فيه وجهان.

أحدهما: تنصرف الوصية إلى قوس النشاب والنبل على قول القاضى.

فوائد

إحداها: يعطى قوسا معمولة بغير وتر على الصحيح من المذهب.

قدمه فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والفروع، والفائق.

قال الحارثى: وهو الأظهر.

وقيل: يعطى قوساً مع وتره.

جزم به فى الترغيب. وبه جزم القاضى، وابن عقيل. قاله الحارثى. وأطلقهما فى الرعايتين، والحاوى الصغير.

الثانية: قوس النشاب: هو الفارسى. وقوس النبل: هو العربى. وقوس جرخ وقوس مجرى وهو الذى يوضع فى بجراه السهم، فخرج من المجرى. وقوس البندق: هو قوس جُلاهق.

الثالثة: لو كان له أقواس من جنس، أو قوس نشاب ونبل - وقلنا: يُعطى من كل منهما -: أعطى أحدها بالقرعة. قدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير. وقيل: بل برضى الورثة.

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِكَلْبٍ، أَوْ طَبَلٍ، وَلَهُ مِنْهَا مُبَاحٌ وَمُحَرَّمٌ: انْصَرَفَ إِلَى الْمُبَاحِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا مُحَرَّمٌ: لَمْ تَصَحَّ الْوَصِيَّةُ﴾.

بلا نزاع فى ذلك. وتقدم حكم ما إذا تعددت الكلاب قريباً.

قوله: ﴿وَتَنَفَّذُ الْوَصِيَّةَ فِيمَا عَلِمَ مِنْ مَالِهِ وَمَا لَمْ يُعْلَمَ﴾.

جزم به فى المغنى، والشرح^(٣)، وغيرهما. ولا أعلم فيها خلافاً.

(١) ذكره فى المغنى مقدماً فقال: (ويعطى القوس معمولة بها لأنها لا تسمى قوساً إلا كذلك ولا يستحق وترها لأن الاسم يقع عليها دونها) المغنى (٥٨٦/٦)

(٢) ذكره صاحب الشرح مقدماً كما فى المغنى الشرح (٥٠٩/٦)

(٣) ذكره فى الشرح قال (لأنه من ماله فدخل فى وصيته كالمعلوم ولأن الوصية تجزء من ماله لفظ عام فدخل فيه ما لم يعلم به من ماله كما لو نذر الصدقة بثلثة الشرح (٥١٠/٦)

٢٤٦ كتاب الوصايا

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى بِثَلَاثَةٍ، فَاسْتَحْدَثَ مَالًا: دَخَلَ ثَلَاثُهُ فِي الْوَصِيَّةِ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب.

وجزم به في الوجيز، والمغنى^(١)، والشرح^(٢)، وغيرهما.

وقدّمه في المحرر^(٣)، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، والنظم، والفائق، وغيرهما.

وعنه: يدخل المتجدد مع علمه به، أو قوله: «ثلاثي يوم أموت» وإلا فلا.

تنبيه: قد يدخل في كلامه: لو نصب أجبولة قبل موته، فوقع فيها صيد بعد موته. فإن الصيد يكون للنائب. فيدخل ثلثه في الوصية. وهو صحيح. وهو المذهب. وقدّمه في الفروع.

وقال في الانتصار، وغيره: لا يدخل، ويكون كله للورثة. وأطلقهما في الرعاية.

قوله: ﴿وَإِنْ قُتِلَ وَأُخِذَت دِيَّتُهُ، فَهَلْ تَدْخُلُ فِي الْوَصِيَّةِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ﴾.

وأطلقهما الخرقى، والزرکشى، وابن رزين في شرحه، والشرح^(٤)، والهداية، في باب ميراث القاتل.

إحداهما: تدخل. فتكون من جملة التركة. وهو المذهب.

قال الإمام أحمد رحمه الله «قد قضى النبي - ﷺ - أن الدية ميراث» واختاره القاضى، وغيره.

وجزم به في الوجيز، وغيره.

وصححه في التصحيح، وشرح الحارثي. وغيرهما.

قدّمه في المحرر^(٥)، والنظم، والفروع، وغيرهم.

(١) ذكره في المغنى كما في الشرح المغنى (٥٦٧/٦).

(٢) حزم به في الشرح فقال (ولا فرق بين التلاد والمستفاد في أنه يعتبر قلت الجميع ولأنه من ماله ويرثه وتقضى منه ديونه أشبه ملكه قبل الوصية الشرح (٥١٠/٦).

(٣) قطع به في المحرر مقدما فقال (ومن أوصى بثلاث ماله تناول المتجدد والموجود) المحرر (٣٨٧/١).

(٤) ذكره الإطلاع صاحب الشرح فقال أحدهما تدخل منها قال ههنا روى عن أحمد فيمن أوصى بثلاث ماله أو جزء مشاع فقتل - الثانية - لا تدخل في وصيته لأنه لا يجب للميت بعد موته لأنه بالموت تزول أملاكه الثابتة له فكيف يتجدد له ملك فلا تدخل في الوصية الشرح (٥١٠/٦).

(٥) ذكره في المحرر مقدما فقال (ومن قتل عمداً أو خطأ فديته تركة يقضى منها ديونه وتنفيذ منها وصاياه) المحرر (٣٨٧/١).

كتاب الوصايا ٢٤٧

قال فى الخلاصة، فى باب ميراث القاتل: وتؤخذ ديون المقتول ووصاياه من ديتة على الأصح.

ويأتى كلامه فى الرايتين، والحاوى، والفائق فى التى بعدها. ومال إليه الزركشى.

والرواية الثانية: لا تدخل. فتكون للورثة خاصة.

وقيل: يقضى منها الدين أيضاً، على الرواية الثانية.

وهو ظاهر ما قطع به المصنف فى المغنى^(١)، والشارح، وابن رزين فى شرحه.

فإنهم قالوا- على الرواية الثانية- وكذلك يقضى منها ديونه، ويجهز منها.

وطريقة المجد، وصاحب الفروع، وغيرهما: أن وفاء الدين مبنى على الرايتين، إن قلنا له: قضيت ديونه. وإن قلنا للورثة: فلا. وهو المذهب.

وأما تجهيزه: فإنه منها بلا نزاع.

ويأتى ما يشابه ذلك فى أثناء باب العفو عن القصاص.

تنبيه: مبنى الخلاف هنا: على أن الدية تحدث على ملك الميت، أو على ملك الورثة؟ فيه روايتان.

والصحيح من المذهب: أنها تحدث على ملك الميت.

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى بِمَعِينٍ بِقَدْرِ نَصْفِ الدِّيَّةِ، فَهَلْ تُحْسَبُ الدِّيَّةُ عَلَى الْوَرَّةِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

بناء على الرايتين المتقدمتين. قاله الشارح، وابن منجا، والحرثى.

وقال فى الرايتين، والحاوى الصغير، والفائق: ودية المقتول عمداً أو خطأ تركة، تقضى منها ديونه. وفى وصيته وجهان.

ولو وصى بمعين قدر نصف الدية. فالدية محسوبة على الورثة من ثلثيه.

وقيل: لا. وعنه: ديتة لهم. فلا حق فيها لوصية ولا دين.

وقيل: يقضى منها الدين فقط.

قوله: ﴿وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنْفَعَةِ الْمَفْرَدَةِ. فَلَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمَنَافِعِ أُمَّتِهِ أَبَدًا، أَوْ مُدَّةً مُعَيَّنَةً: صَحَّ﴾.

(١) حزم به المصنف فى المغنى فقال (تقضى منها ديونه ويجهز منها أن كان قبل تجهيزه) المغنى (٥٦٦/٦)

٢٤٨ كتاب الوصايا

بلا نزاع أعلمه. للورثة عتقها بلا نزاع. و لهم بيعها مسلوقة المنفعة على الصحيح من المذهب.

قال ابن منجا، وغيره: هذا المذهب. وصححه في النظم.
وقدمه في المستوعب، والمغنى^(١)، والمحزر^(٢)، والشرح^(٣)، والحرثي، والفروع، والهداية، والمذهب، والخلاصة، والمستوعب، وغيرهم.

وقطع به القاضي، وابن عقيل.

وقيل: لا يصح بيعها مطلقا.

وقيل: يصح للمالك نفعها لا غير. اختاره أبو الخطاب، وغيره.

وأطلقهن في الفائق.

وهن في الكافي^(٤) احتمالات مطلقات.

تنبيه: قوله: ﴿وَلِلْوَثَرَةِ عَتَقُهَا﴾. يعني مجانا.

أما عتقها عن كفارة: فلا يجزئ على الصحيح من المذهب.

قدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، والفائق.

وقيل: يجزئ كعبد مؤجر.

وأطلقهما في التلخيص، وشرح الحرثي.

ومتى قلنا بالجواز - إما مجانا، وإما عن كفارة، على هذا القول - فانتفاع رب الوصية به باق.

فائدة: صحة كتابتها مبني على صحة بيعها هنا.

قوله: ﴿وَلَهُمْ وَلَايَةٌ تَرْوِيحُهَا﴾.

يعني للورثة الذين يملكون رقبتها.

والصحيح من المذهب: أن وليها مالك رقبتها.

(١) ذكره في المغنى كما في الشرح النقطة بعد القادة المغنى (٤٨٠/٦).

(٢) ذكره صاحب المحرر فقال (وإذا أوصى لرجل بمنفعة أمته أبداً فإنه يصح المحرر) (٣٨٦/١).

(٣) ذكره في الشرح (وإذا أوصى بمنافع عبده أو أمته لأنه يصح تملكها بعقد المعاوضة فتصح الوصية بها كالأعيان) الشرح (٥١١/٦).

(٤) ذكر الاحتمالات صاحب الكافي انظر الكافي (٢٨٦/٢).

كتاب الوصايا ٢٤٩

جزم به الكافى^(١)، والمغنى^(٢)، والشرح^(٣)، وغيرهم.
وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، والهارثى، وصححه،
وغيرهم.

وقيل: وليها مالك رقبته ومالك المنفعة جميعاً.
فعلى المذهب: لا يزوجها إلا بإذن مالك المنفعة.
قاله فى المغنى^(٤)، والشرح^(٥)، والمحرر^(٦)، والفروع، وغيرهم.
قوله: ﴿وَأَخَذَ مَهْرَهَا فِي كُلِّ مَوْضِعٍ وَجَبَ﴾.

يعنى للمالك الرقبة ذلك. هذا اختيار المصنف، وابن عقيل.
وجزم به فى الوجيز، وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير.
وقال أصحابنا: مهرها للوصى.

يعنى: للموصى له بنفعها. وهو المذهب.
جزم به فى المنور، وغيره.
وقدمه فى المحرر^(٧)، وغيره.

وصححه فى النظم، والهارثى، وغيرهما.
قال فى الفائق: هذا قول الجمهور. وأطلقهما فى الفروع.
وهذه المسألة: من غير الغالب الذى ذكرناه فى الخطبة من المصطلح فى معرفة
المذهب.

قوله: ﴿وَإِنْ وَطَّئَتْ بِشُبْهَةٍ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ. وَلِلْوَرَّةِ قِيَمَةٌ وَلِذَا عِنْدَ الْوَضْعِ عَلَى
الْوَأْطِيِّ﴾. يعنى لأصحاب الرقبة.

-
- (١) قطع فى الكافى قال (والولى مالك الرقبة لأنه مالها والمهر له لأنه بدل منفعة البضع التى لا يصح
بذلها ولا الوصية بها وإنما هى تابعة للرقبة فتكون لصاحبها) الكافى (٢٨٦/٢).
(٢) قطع به المصنف فى المغنى كما فى الشرح النقطة القادمة المغنى (٤٨١/٦).
(٣) قطع به صاحب الشرح فقال (وليها مالك الرقبة لأنه مالها) الشرح (٥١٤/٦).
(٤) قطع به فى المغنى كما فى الشرح المغنى (٤٨١/٦).
(٥) قطع به فى الشرح فقال (وليس لهم ذلك إلا بإذن صاحب المنفعة وليس لواحد منها تزويجها منفرداً لان
مالك المنفعة لا يملك رقبته وصاحب المنفعة يتضرر به) الشرح (٥١٣/٦).
(٦) ذكره فى المحرر (٣٨٦/١).
(٧) ذكره فى المحرر مقدماً المحرر (٣٨٦/١).

٢٥٠ كتاب الوصايا

وهذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. جزم به فى الوجيز وغيره.
وقدمه فى المحرر^(١)، والنظم، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق.
وغيرهم.
وقيل: يشتري بها ما يقوم مقامها.
وأطلقهما فى الشرح^(٢)، وشرح الحارثي.
قوله: ﴿وَإِنْ قُتِلَتْ فَلَهُمْ قِيمَتُهَا فِي أَحَدِ الْجَهَنَيْنِ﴾.
وتبطل الوصية. وهو المذهب. صححه فى التصحيح وغيره.
وجزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى المحرر^(٣)، والنظم، والرعايتين، والحاوى
الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم.
وفى الأخرى: يشتري بها ما يقوم مقامها.
قدمه فى الهداية، والتبصرة، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة.
واختاره القاضى، والمصنف، وغيرهما. وأطلقهما فى الشرح^(٤).
تنبيه: ينبنى على الخلاف ما إذا عفا عن قاتلها: هل تلزمه القيمة، أم لا؟ قاله فى
الفروع.
فائدة: لو قتلها الورثة لزمهم قيمة المنفعة. ذكره فى الانتصار عند الكلام على
الخلع. محرم.
قلت: وعموم كلام المصنف، وغيره من الأصحاب: أن قتل الوارث كقتل غيره.
قوله: ﴿وَلَيْسَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا وَطْرُهَا﴾.
هذا المذهب. وعليه الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

(١) قاله فى المحرر: (قال وكذلك له قيمتها اذا قلت قمة ولدها إذا وطئت بشبهة) المحرر (٣٨٦/١).
(٢) ذكر الوجهين فى الشرح فقال (إن وطئت بشبهة فالولد حر لأن وطء الشبهة يكون الولد حرّاً لا اعتقاد
الواطئ أنه يطاق فى ملك فهو كوطء المغرور بأمه وتجب قيمته يوم وضعه لصاحب الرقبة فى أحد
الوجهين وفى الآخر يشتري بها ما يقوم مقامها ويجب على الواطئ لأنه الذى فوت رقه) الشرح
(٥١٤/٦).

(٣) ذكره فى المحرر مقدماً (٣٨٦/١).

(٤) ذكر الوجهين فى الشرح فقال أحدهما - للورثة قيمتها لأنهم مالكوها لأن القيمة بدل الرقبة فتكون
لصاحبها وتبطل الوصية بالمنفعة كما تبطل الإجارة - الثانى - يشتري بها ما يقوم مقامها لأن كل حق
تعلق بالعين تعلق ببدلها إذا لم يبطل باستحقاقها. الشرح (٥١٤/٦)

وقال فى التزغيب: فى جواز وطء مالك الرقبة وجهان.
 فائدة: لو وطئها واحد منهما فلا حد عليه، وولده حر.
 فإن كان الواطئ مالك الرقبة: صارت أم ولد. وإلا فلا.
 وفى وجوب قيمة الولد عليه وجهان.
 وكذا المهر على ما تقدم من اختيار المصنف، واختيار الأصحاب. وقيل: يجب الحد
 على صاحب المنفعة إذا وطئ.
 فعلى هذا: يكون ولده مملوكا. وهو احتمال فى المغنى وغيره.
 قال فى القاعدة الخامسة والثلاثين بعد المائة: لا يجوز للوارث وطؤها إذا كان
 موصى بمنافعها. على أصح الوجهين. وهو قول القاضى، خلافا لابن عقيل.
 قوله: ﴿وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ زَوْجٍ، أَوْ زَلَى: فَحُكْمُهُ حُكْمُهَا﴾.
 هذا أحد الوجهين.
 جزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة،
 والكافى^(١)، وشرح ابن منجا.
 وقدمه فى الرايتين، والحاوى الصغير، والفائق، والشرح^(٢).
 وقال المصنف^(٣)، والشارح: يحتل أن يكون للمالك الرقبة.
 قدمه فى المحرر^(٤)، والفروع، والنظم. جزم به فى المنور.
 وهذا المذهب على ما اصطلاحناه فى الخطبة.
 قال فى القاعدة الحادية والعشرين: الولد هل هو كالجزة، أو كالكسب؟
 والأظهر: أنه كجزة.
 ثم قال، مفرغا على ذلك: لو ولدت الموصى بمنافعها.

(١) ذكره فى الكافى فقال (فإن أتت بولد فحكمه حكمها لأنه جزء من أجزائها فيه حكمها كولد المكاتب) الكافى (٢/٢٨٦)
 (٢) ذكره فى الشرح مقدما فقال (فحكمه حكمها لأن الولد يتبع الام فى حكمها لولد المكاتب والمذبرة) الشرح (٥١٥/٦)
 (٣) ذكر الاحتمال المصنف فى المغنى فقال (ويحتل أن يكون للمالك الرقبة لأن ذلك ليس من النفع الموصى به ولا هو من الرقبة الموصى بنفعها) المغنى (٦/٤٨٠)
 (٤) ذكره فى المحرر مقدما المحرر (١/٣٨٦)

فإن قلنا: الولد كسب. فكله لصاحب المنفعة.

وإن قلنا: هو جزء ففيه وجهان.

أحدهما: أنه بمنزلتها.

والثاني: أنه للورثة. لأن الأجزاء لهم دون المنافع.

قوله: ﴿وَفِي نَفَقَتِهَا ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ﴾.

وهن احتمالات في الهداية.

وأطلقهن في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والكافي^(١)،

وشرح ابن منجا.

وقال في الفروع: وفي نفقتها وجهان. انتهى.

أحدهما: أنه في كسبها. فإن عدم ففي بيت المال.

قال المصنف^(٢)، وتبعه الشارح: فإن لم يكن لها كسب. فقيل: تجب في بيت المال.

قال الحارثي. هو قول الأصحاب.

وقال المصنف - عن القول أنه يكون في كسبها - هو راجع إلى إيجابها على

صاحب المنفعة. وهذا الوجه للقاضي في المجرد.

والوجه الثاني: أنها على مالها. يعني: على مالك الرقبة.

وهو الذي ذكره الشريف أبو جعفر مذهباً للإمام أحمد رحمه الله.

وحزم به في الوجيز، وأبو الخطاب في رءوس المسائل، وابن بكروس، وغيرهم.

وعند القاضي مثله.

وقدمه في الرايتين، والفائق، والحاوي الصغير.

والوجه الثالث: أنه على الموصى، وهو مالك المنفعة. وهو المذهب.

صححه في التصحيح. واختاره المصنف^(٣)، والشارح.

(١) ذكر الأوجه في الكافي فقال (وإن احتاجت إلى نفقة احتمل أن تجب على مالك المنفعة لأنه يملك على نفعتها على التأييد فكانت النفقة عليه كالزوج واحتمل أن تجب على صاحب الرقبة لأنه مالك رقبتها فوجب عليه نفقتها كما لو كانت أمته واحتمل أن تجب في كسبها لأنه تعذر إيجابها على كل واحد منهما فلم يبق إلا إيجابها في كسبها فإن لم يف كسبها ففي بيت المال) الكافي (٢/٢٨٧).

(٢) ذكره في المغنى بنصه وتماه المغنى (٦/٤٨٠).

(٣) ذكره في المغنى و صححه فقال (ويحتمل أن يجب على صاحب المنفعة وهو أصبح إن شاء الله لأنه يملك نفقه على التأييد فكانت النفقة المغنى (٦/٤٧٩).

وجزم به فى المنور، ومنتخب الأزجى.
 وقدمه فى الخلاصة، والمحرف^(١)، والنظم، وتجريد العناية.
 قوله: ﴿وَفِي اغْتِيَارِهَا مِنَ الثَّلَاثِ وَجْهَانِ﴾.
 وأطلقهما فى المغنى، والشرح^(٢)، وشرح ابن منجاء، والفروع، وشرح الخارثى.
 أحدهما: يعتبر جميعها من الثلث. هو الصحيح.
 وهو ظاهر كلامه فى الوجيز. صححه فى التصحيح.
 وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق.
 والوجه الثانى: تُقَوِّمُ بمنفعتهما، ثم تقوم مسلوبة المنفعة. فيعتبر ما بينهما.
 اختاره القاضى.
 وقدمه فى الخلاصة، والنظم.
 وقيل: إن وصى بمنفعة على التأيد: اعتبرت قيمة الرقبة بمنافعها من الثلث لأن عبداً
 لا منفعة له لا قيمة له.
 وإن كانت الوصية بمدة معلومة: اعتبرت المنفعة فقط من الثلث. اختاره فى
 المستوعب.
 وأطلقهما فى الفروع أيضاً.
 فقال: وهل يعتبر خروج ثمنها من ثلثه، أو ما قيمتها بمنفعها وبدونه؟
 فيها وجهان. وإن وصى بمنفعها وقتاً. فقيل: كذلك. وقيل: يعتبر وحده من ثلثه.
 لإمكان تقويمه مفرداً. انتهى.
 وأطلقهن فى الهداية، والمذهب، والمستوعب.
 فائدة: لو مات الموصى له بمنفعها: كانت المنفعة لورثته. على الصحيح من
 المذهب.

جزم به فى الانتصار فى الأجرة بالعقد.

(١) ذكره فى المحرر مقدماً فقال (وتنفعها على مالك النفع) المحرر (٣٨٦/١).
 (٢) ذكر الوجهين فى الشرح فقال (أحدهما يعتبر جميعها من الثلث يعنى تقوم بمنفعتها ويعبر خروج ثمنها
 من الثلث لأن أمة لا منفعة فيها ولا قيمة لها غالباً - الثانى - تقوم بمنفعتها ثم تقوم مسلوبة المنفعة فيعتبر
 ما بينهما فإذا كان ثمنها بمنفعتها مائة وقيمتها مسلوبة المنفعة عشر علمنا أن قيمة المنفعة تسعون) الشرح
 (٥١٧/٦).

٢٥٤ كتاب الوصايا

وقال: ويحتمل مثله فى هبة نفع داره، وسكنها شهراً: تسليمها. انتهى.

وقدمه فى الفروع.

وقيل: بل لورثة الموصى.

قلت: وينبغى أن يكون الحكم كذلك فيما إذا مات الموصى له بربقتها: أن تكون الرقة لوراثه.

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمُكَاتِبَةٍ: صَحَّ وَيَكُونُ كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ﴾.

على ما يأتى فى باب الكتابة. وهذا بلا نزاع.

﴿وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِمَالِ الْكِتَابَةِ، أَوْ بِنَجْمٍ مِنْهَا: صَحَّ﴾.

وهذا المذهب. وعليه الأصحاب.

إلا أن القاضى قال فى الخلاف- فىمن مات وعليه زكاة- إن الوصية لا تصح بمال الكتابة والعقل، لأنه غير مستقر.

فائدتان

إحدهما: لو قال «ضعوا نجماً من كتابته» فلهم وضع أى نجم شاءوا.

وإن قال «ضعوا ما شاء المكاتب» فالكل. على الصحيح من المذهب إذا شاء.

وقيل: لا. كما لو قال «ضعوا ما شاء من مالها».

وإن قال «ضعوا أكثر ما عليه، ومثل نصفه» وضع عنه فوق نصفه وفوق رבעه. يعنى: بشرط أن يكون مثل الموضوع أولاً.

الثانية: لو أوصى لمكاتبه بأوسط نجومه- وكانت النجوم شفعاً متساوية القدر- تعلق الوضع بالشفع المتوسط، كالأربعة، والمتوسطة منها: الثانى والثالث. وكالستة، والمتوسط منها: الثالث والرابع.

قال فى القواعد الأصولية: ذكره أبو محمد المقدسى، وغيره.

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِمَالِ الْكِتَابَةِ، أَوْ بِنَجْمٍ مِنْهَا: صَحَّ﴾.

بلا نزاع. وللموصى له الاستيفاء والإبراء. ويعتق بأحدهما، والولاء للسيد. فإن عجز: فأراد الوارث تعجيزه، وأراد الموصى له إنظاره: فالقول قول الوارث. وكذا إذا أراد الوارث إنظاره، وأراد الموصى له تعجيزه: فالحكم للوارث.

كتاب الوصايا ٢٥٥

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى بِرَقَبَتِهِ لِرَجُلٍ، وَمَا عَلَيْهِ لِآخَرَ: صَحَّ. فَإِنْ أَدَّى عَتَقَ. وَإِنْ عَجَزَ: فَهُوَ لِصَاحِبِ الرَّقَبَةِ. وَبَطَلَتْ وَصِيَّةُ صَاحِبِ الْمَالِ فِيمَا بَقِيَ عَلَيْهِ﴾.

إذا أدى لصاحب المال، أو أبرأه منه: عتق وبطلت الوصية. على الصحيح من المذهب^(١). وعليه الأصحاب.

قال الشارح: ويحتمل أن لا تبطل وصية صاحب الرقبة، ويكون الولاء له. لأنه أقامه مقام نفسه. ومال إليه وقواه.

فإن عجز: فسخ صاحب الرقبة كتابته. وكان رقيقاً له وبطلت وصية صاحب المال.

وإن كان قبض من مال الكتابة شيئاً: فهو له.

قوله: ﴿وَمَنْ أَوْصَى لَهُ بِشَيْءٍ بَعَيْنِهِ، فَتَلَفَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي، أَوْ بَعْدَهُ: بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ﴾. بلا نزاع.

﴿وَإِنْ تَلَفَ الْمَالُ كُلَّهُ غَيْرَهُ، بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي: فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ﴾. بلا نزاع.

قوله: ﴿وَإِنْ لَمْ يَأْخُذْهُ زَمَانًا: قَوْمٌ وَقَتَ الْمَوْتِ، لَا وَقَتَ الْأَخْذِ﴾.

يعنى: إذا أوصى له بشيء معين فيما. وهذا المذهب مطلقاً. نص عليه. فى رواية ابن منصور.

وقطع به الخرقي، والمصنف^(٢)، والشارح، وغيرهم.

وقدمه فى الفروع، وغيره.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: قول الخرقي هو قول قدماء الأصحاب. وهو أوجه من قول الجلد. يعنى الآتى.

وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره.

وقال فى المحرر^(٣): إن قلنا: يملكه بالموت، اعتبرت قيمته من التركة بسعره يوم

الموت، على أدنى صفاته من يوم الموت إلى القبول، سعراً وصفة. انتهى.

(١) ذكره فى الشرح قال (وإن وصى لرجل برقبته ولاخر بمنفعتها صح وصاحب الرقبة كالوارث) الشرح

(٥١٧/٦) المغنى (٤٨٠/٦) الكافى (٢٨٦/٢) المحرر (٣٨٦/١)

(٢) قطع به المصنف فى المغنى وقال (الاعتبار بحالة الموت لأنها حال لزوم الوصية فتغير قيمة المال فيها ولا

أعلم فيه خلاف) المغنى (٥٨٧/٦)

(٣) ذكره صاحب المحرر بنصبه وتماه المحرر (٣٨٤/١)

٢٥٦ كتاب الوصايا

فبنى ذلك على أن الملك بين الموت والقبول: هل هو للموصى له، أو للورثة؟ على ما تقدم فى كتاب الوصايا فى الفوائد المبنية على قوله «وإن قبلها بعد الموت: ثبت الملك حين القبول» ذكرنا هذا هناك أيضا.

قوله: ﴿وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ سِوَى الْمَعِينِ، إِلَّا مَالٌ غَائِبٌ، أَوْ دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ مُوسِرٍ أَوْ مُعْسِرٍ: فَلِلْمُوصَى لَهُ ثُلُثُ الْمَوْصَى بِهِ وَكَلِمًا اقْتَضَى مِنَ الدَّيْنِ شَيْءٌ، أَوْ حَضَرَ مِنَ الْغَائِبِ شَيْءٌ: مَلَكَ مِنَ الْمَوْصَى بِهِ بِقَدْرِ ثُلُثِهِ حَتَّى يَمْلِكَهُ كُلُّهُ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْمُدَبَّرِ﴾.

هذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

وجزم به فى الوجيز، والمحزر^(١)، والرايعتين، والحاوى الصغير، وغيرهم.

وقدمه فى المغنى^(٢)، والشرح^(٣)، ونصراه.

وذكره الخرقى فى المدبر. وقدمه فى الفائق، والجارثى.

وقال: قاله الأصحاب. وصححه.

وقيل: لا يدفع إليه شىء، بل يوقف. لأن الورثة شركاؤه فى التركة. فلا يحصل له شىء ما لم يحصل للورثة مثلاه.

قلت: وهذا بعيد جدًا. فإنه إذا أخذ ثلث هذا المعين: يبقى ثلثاه. فإن لم يحصل من المال الغائب والدين شىء ألبتة: فللورثة الباقي من هذا الموصى به: فما يحصل للموصى له شىء إلا وللورثة مثلاه.

غايته: أنه غير معين، ولا يضر ذلك.

فعلى المذهب: تعتبر قيمة الحاصل بسعره يوم الموت على أدنى صفته، من يوم الموت إلى يوم الحصول.

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِثُلْثِ عَيْدٍ، فَاسْتَحَقَّ ثُلُثَاهُ. فَلَهُ الثُّلُثُ الْبَاقِي﴾.

يعنى: إذا خرج من ثلث التركة. قاله الأصحاب.

(١) ذكره صاحب المحرر قال: (ومن أوصى له بعبد حاضر وبقية ما له دين أو غائب فله ثلث المعين) المحرر (٣٨٦/١).

(٢) ذكره فى المغنى فقال: (فليس للموصى أخذ المعين قبل قدوم الغائب أو استيفاء الدين لأنه ربما تلف بتنفيذ الوصية فى المعين كله) انظر تفصيله فى المغنى (٥٨٨/٦).

(٣) ذكره فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٥٢٢/٦).

كتاب الوصايا ٢٥٧

وهذا المذهب، وعليه جماهير الأصحاب.

وجزم به في المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والوجيز، وشرح الحارثي، والفائق، وغيرهم.

وقدمه في الفروع، وغيره.

وقيل: له ثلث ثلثة لا غير.

فائدة: مثل ذلك: لو أوصى بثلث من مكيل أو موزون، فتلف، أو استحق ثلثاها، خلافا ومذهبا.

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى لَهٗ بِثُلْثِ ثَلَاثَةِ أَعْبَدٍ، فَاسْتَحَقَّ اثْنَانِ، أَوْ مَائًا: فَلَهٗ ثُلُثُ الْبَاقِي﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.

وجزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في الحرر^(٣)، والنظم، والفروع، والفائق، والحارثي، وغيرهم.

وقيل: جميعه له إذا لم يجاوز ثلث قيمتها.

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى لَهٗ بِعَبْدٍ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ، قِيمَتُهُ مَائَةٌ. وَلَا خَرَ بِثُلْثِ مَالِهِ. وَمِلْكُهُ غَيْرُ الْعَبْدِ مَائَتَانِ. فَأَجَازَ الْوَرِثَةُ: فَلِلْمُوصَّى لَهٗ بِالثُّلْثِ ثُلُثُ الْمَائَتَيْنِ وَرُبُعُ الْعَبْدِ. وَلِلْمُوصَّى لَهٗ بِالْعَبْدِ: ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ﴾.

وهذا المذهب^(٤) - أعنى: في المزاومة في العبد - وعليه الصحاب: الخرقي، فمن بعده.

قال الشارح: هو قول سائر الأصحاب.

قال ابن رجب: وتبع الخرقي على ذلك: ابن حامد، والقاضي، والأصحاب. ثم قال: فهذا قد يحمل على ما إذا كانت الوصيتان في وقتين مختلفين. ولا إشكال على هذا.

(١) قطع به صاحب المغنى فقال: (وإن وصى له بمعين فاستحق بعضه أو هلك فله ما بقى منه إن حمله الثلث وإن وصى له بثلث عبد أو ثلث دار يستحق الثلثان منه فالثلث للموصى له لأن الباقي كله موصى به وقد خرج من الثلث فاستحقه الموصى له كما لو كان شيئا معينا، المغنى (٥٨٧/٦).

(٢) قطع به وذكره في الشرح كما في المغنى النقطة السابقة الشرح (٥٢٦/٦).

(٣) ذكره في الحرر (وإن وصى بثلث ثلاثة أعبد واستحق اثنان أو مائا فله ثلث الباقي) الحرر (٣٨٥/١).

(٤) ذكر المصنف في المغنى بنصه وتمامه وتفصيله. المغنى (٥٤٥/٦) والشرح (٥٢٧/٦) الكافي (٢٧٣/٢)

٢٥٨ كتاب الوصايا

وإن حمل على إطلاقه - وهو الذى اقتضاه كلام الأكثرين - فهو وجه آخر. ثم قال: ونصوص الإمام أحمد رحمه الله وأصوله: مخالفة لذلك.

ثم قال: وقد ذكر ابن حامد: أن الأصحاب استشكلوا مسألة الخرقى، وأنكروها عليه، ونسبوه إلى التفرد بها.

ذكر ذلك فى القاعدة التاسعة عشر بعد المائة.

قوله: ﴿وَإِنْ رَدُّوا، فَقَالَ الْخِرْقَى: لِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلْثِ سُدُسُ الْمِائَتَيْنِ وَسُدُسُ الْعَبْدِ. وَلِلْمُوصَى لَهُ بِالْعَبْدِ: نِصْفُهُ﴾.

وهذا الصحيح من المذهب^(١). وعليه أكثر الأصحاب.

قال الحارثى: هو قول الخرقى، ومعظم الأصحاب.

قال الزركشى: هو قول جمهور الأصحاب.

وجزم به الوجيز، وغيره.

وقدمه فى المحرر^(٢)، والنظم، والزركشى، وغيرهم.

قال المصنف: عندى أنه يقسم الثلث بينهما على حسب ما لهما فى حال الإجازة لصاحب الثلث: خمس المائتين، وعشر العبد، ونصف عشره. ولصاحب العبد ربعه وخمسه.

وهو تخريج فى المحرر^(٣).

قال فى القاعدة الخامسة عشر: وفى تخريج صاحب المحرر نظر - وذكره.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ بِالنِّصْفِ، مَكَانَ الثُّلْثِ. فَرَدُّوا. فَلِصَاحِبِ النِّصْفِ رُبْعُ الْمِائَتَيْنِ وَسُدُسُ الْعَبْدِ. وَلِصَاحِبِ الْعَبْدِ ثُلُثُهُ﴾.

وهذا اختيار المصنف^(٤). وجزم به فى الوجيز.

فوافق المصنف هنا، وخالفه فى التى قبلها. وهو غريب.

(١) ذكره المصنف فى المغنى ثم قال (أما فى الرد فإن كانت وصيتهما لا يتجاوز الثلث مثل أن يوصى لرجل بسدس ماله ولآخر بعين قيمته سدس ماله فهى كحالة الإجازة سواء؛ إذ لا أثر للرد) المغنى (٥٤٥/٦). الشرح (٥٢٧/٦). الكافى (٢٧٣/٢).

(٢) ذكره فى المحرر (٣٧٩/١).

(٣) انظر المحرر (٣٧٩/١).

(٤) ذكره صاحب المغنى (انظر المغنى) (٥٤٦/٦).

كتاب الوصايا ٢٥٩

وقال أبو الخطاب: لصاحب النصف: خمس المائتين، وخمس العبد. ولصاحب العبد: خمساً. وهو قياس قول الخرقي. هو الصحيح.

قال الزركشي: وهو قول الجمهور.

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِثُلْثِ مَالِهِ، وَلَاخَرَ بِمِائَةٍ، وَلِثَلَاثٍ بِتَمَامِ الثُّلُثِ عَلَى الْمِائَةِ. فَلَمْ يَزِدِ الثُّلُثُ﴾.

يعنى: الثلث الثانى.

﴿عَنِ الْمِائَةِ بَطَلَتْ وَصِيَّةُ صَاحِبِ التَّمَامِ. وَقُسِمَ الثُّلُثُ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ عَلَى قَدَرِ وَصِيَّتِهِمَا. وَإِنْ زَادَ عَلَى الْمِائَةِ، فَأَجَازَ الْوَرَثَةَ: نَفَذَتِ الْوَصِيَّةُ عَلَى مَا قَالَ الْمُوصَى. وَإِنْ رَدُّوا فَلِكُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ وَصِيَّتِهِ عِنْدِي﴾.

وجزم به فى الوجيز.

وقدمه فى النظم، والراعى، والحاوى الصغير، والفائق.

وقال القاضى: ليس لصاحب التمام شىء، حتى تكمل المائة لصاحبها. ثم يكون له ما فضل عنها. ويجوز أن يزاحم به. ولا يعطى، كولد الأب مع ولد الأبوين فى مزاحمة الجد.

قال الحارثى: الأصح ما قال القاضى - واختاره فى الحرر - إذا جاوز الثلث مائتين.

قال فى الفروع، وقيل: إن جاوز المائتين فللموصى له بالثلث: نصف وصيته له. وللموصى له بالمائة: مائة. وللثالث: نصف الزائد.

وإن جاوز مائة فللموصى له الأول: نصف وصيته، وللموصى له الثانى: بقية الثلث مع معادلته بالثالث. انتهى.

وقال فى الحرر^(١): وعندى تبطل وصية التمام ههنا. ويقسم الآخران الثلث كأن لا وصية لغيرهما. كما إذا لم يجاوز الثلث مائة.

وأطلقهما فى الشرح^(٢).

(١) ذكره فى الحرر بنصه وتامه الحرر (٣٩٢/١).

(٢) ذكر الإطلاق ففيه وجهان (أحدهما برد كل واحد منهم إلى نصف وصيته لأن الوصايا رجعت إلى نصفها من حل النقص على كل واحد يقدر ماله فى الوصية كسائر الوصايا وهذا اختيار شيخنا - الثانى - لا شىء لصاحب التمام حتى تكمل المائة لصاحبها ثم يكون الثلث بين الوصيين الآخرين نصفين فلا يحصل لصاحب التمام) الشرح (٥٣١/٦).

٢٦٠ كتاب الوصايا
وقيل: إن جاوز الثلث مائتين: فللموصى له بثلث ماله: نصف وصيته، ولصاحب
المائة: مائة. وللثالث: نصف الزائد.
وأطلقهن في الفروع.

* * *

باب الوصية بالأنصاء والأجزاء

قوله: ﴿إِذَا وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ مُّعَيَّنٍ. فَلَهُ مِثْلُ نَصِيبِهِ مَضمُومًا إِلَى
الْمَسْأَلَةِ﴾.

هذا المذهب^(١). وعليه الأصحاب. وقطع به كثير منهم.
وفي الفصول احتمال، ولو لم يرثه ذلك الذى أوصى بمثل نصيبه، لمانع به، من
رق وغيره.

وقال فى الفائق: والمختار له مثل نصيب أحدهم غير مزاد. ويقسم الباقي.
فإذا وصى بمثل نصيب ابنه، وله ابنان. فله الثلث. على المذهب. وله النصف على
ما اختاره فى الفائق. ويقسم النصف الباقي بين الابنين. وله قوة.

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِنَصِيبِ ابْنِهِ. فَكَذَلِكَ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ﴾.

يعنى له مثل نصيبه فى أحد الوجهين. وهو المذهب.
جزم به القاضى فى الجامع الصغير، والشرىف، وأبو الخطاب فى خلافيهما،
والشيرازى.

ومال إليه المصنف^(٢)، والمجد^(٣)، والشارح، وغيرهم.

قال فى المذهب، وغيره: صحت الوصية فى ظاهر المذهب.

(١) ذكره صاحب الشرح (إذا أوصى لرجل بمثل نصيب وارث معين فله مثل نصيبه مضمومًا إلى المسألة ومزاد عليه لأنه جعل وارثه أصلاً) الشرح (٥٣٢/٦) الكافى (٢٧٨/٢) المحرر (٣٨٧/١) المغنى (٤٤٨/٦) العمدة (٢٩٣).

(٢) ذكره فى المغنى (وقال فلو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية بجميع المال لأنه جعله وارثه أصلاً ثم حمل عليه نصب الموصى له وجعله مثلاً له) المغنى (٤٤٩/٦).

(٣) ذكره فى المحرر مقدماً (٣٩٠/١).

قال الحارثي: هو الصحيح عندهم.

وفى الآخر: لا تصح الوصية.

وهو الذي ذكره القاضي.

قال الزركشي: قاله القاضي في المجرد.

قال الحارثي: لكن رجح عنه.

فائدة: لو وصى له بمثل نصيب ولده، وله ابن وبنت، فله مثل نصيب البنت. نقله ابن الحكم، واقتصر عليه في الفروع.

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِضِعْفِ نَصِيبِ ابْنِهِ، أَوْ بِضِعْفَيْنِ: فَلَهُ مِثْلُهُ مَرَّتَيْنِ. وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِثَلَاثَةِ أَضْعَافِهِ: فَلَهُ ثَلَاثَةُ أَمْثَالِهِ﴾.

قال المصنف^(١): هذا هو الصحيح عندي.

واختاره الشارح، وصاحب الحاوي الصغير.

وقال أصحابنا: ضعفاه ثلاثة أمثاله، وثلاثة أضعافه: أربعة أمثاله. كلما زاد ضعفا زاد مرة واحدة.

وهذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.

وجزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في الفروع، وغيره.

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ لَوْ كَانَ: فَلَهُ مِثْلُ مَالِهِ لَوْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ وَهِيَ مَوْجُودَةً. فَإِذَا كَانَ الْوَرِثُ أَرْبَعَةً بَيْنَ. فَلِلْمُوصَى لَهُ السُّدُسُ، وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً فَلَهُ الْخُمُسُ﴾.

هذا الصحيح من المذهب^(٢). وعليه الأصحاب.

وقال الحارثي، وعن بعض أصحابنا: إقامة الموصى مقام الابن المقدّر. انتهى.

قوله: ﴿وَلَوْ كَانُوا أَرْبَعَةً، فَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ خَامِسٍ لَوْ كَانَ، إِلَّا مِثْلَ نَصِيبِ سَادِسٍ لَوْ كَانَ: فَقَدْ أَوْصَى لَهُ بِالْخُمُسِ إِلَّا السُّدُسُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ﴾.

(١) ذكره المصنف في المغني بنصه وتامه المغني (٤٥١/٦)

(٢) ذكره في المغني - فقال (فقدر الوارث موجودا وانظر ما للوصى مع وجوده فهو مع عدمه) المغني

(٤٥٢/٦) الشرح (٥٣٧/٦) الكافي (٢٧٩/٢) المحرر (٣٩٠/١)

٢٦٢ كتاب الوصايا

هكذا موجود فى النسخ المعروفة المشهورة.

ووجد فى نسخة مقروءة على المصنف، وعليها خطه» لو كانوا أربعة فأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا مثل نصيب ابن خامس لو كان».

قال الناظم: وفى بعض النسخ المقروءة على المصنف «وصى بمثل نصيب أحدهم إلا مثل نصيب ابن سادس لو كان».

قال: فعلى هذا: يصح أنه وصى بالخمس إلا السدس.

قال فى الفروع: كذا قال.

وهو كما قال صاحب الفروع.

فإنه - على ما قاله الناظم فى النسخة المقروءة على المصنف - إنما يكون أوصى له بالخمس إلا السبع، على ما قاله الأصحاب فى قواعدهم. فلذلك لم يرتضه صاحب الفروع منه.

واعلم أن النسخ المعروفة المعتمد عليها: ما قلناه أولاً، وعليها شرح الشارح وابن منجا.

لكن قوله: «فقد أوصى بالخمس إلا السدس» مشكل على قواعد الأصحاب، ومخالف لطريقتهم فى ذلك وأشباهه.

بل قياس ما ذكره الأصحاب فى هذه المسألة: أن يكون قد أوصى له السدس إلا السبع. فيكون له منهم من اثنين وأربعين.

وكذا قال الحارثى، وصاحب الفروع، وغيرهما.

لكن فى الفروع «سهمان من اثنين وأربعين» وهو سبقة قلم. والله اعلم. وأجاب الحارثى عن ذلك، فقال: قوله: «م» أوصى بالخمس إلا السدس «صحيح. باعتبار أن له نصيب الخامس المقدر غير مضموم، وأن النصيب هو المستثنى. وهو طريقة الشافعية. انتهى.

قلت: وهو موافق لما اختاره فى الفائق، فيما إذا أوصى له بمثل نصيب وارث. على ما تقدم.

قال فى الفروع: وما قاله الحارثى صحيح. يؤيده: أن فى نسخة مقروءة على الشيخ «أربعة أوصى بمثل نصيب أحدهم، إلا بمثل نصيب ابن خامس، لو كان فقد أوصى له بالخمس إلا السدس».

كتاب الوصايا ٢٦٣

قال: ويوافق هذا قول ابن رزين في ابنين، ووصى بمثل نصيب ابن ثالث لو كان: له الربع. وإلا مثل نصيب رابع، لو كان، من واحد وعشرين. انتهى.

فكان صاحب الفروع فسر النسخة الأولى المعتمدة المشكلة على طريقة الأصحاب بهذه النسخة.

والذي يظهر - بل هو كالصريح في ذلك -: أن معناه مختلف. وأن النسخة الأولى تابع فيها طريقة أصحاب الإمام الشافعي رحمه الله.

وهذه النسخة تبع فيها طريقة الأصحاب. ولعله في النسخة الأولى اختار ذلك، أو يكون ذلك مجرد متابعة لغيره. فلما ظهر ذلك اعتمد على النسخة الموافقة لقواعد المذهب والأصحاب. هو أولى.

فتلخص لنا: أن المصنف وجد له ثلاث نسخ مختلفة، قرئت عليه.

إحداها: الأولى وهي المشكلة على قواعد الأصحاب. لذلك أجاب عنها الحارثي.

والثانية: ما ذكرها الناظم. وتقدم ما فسر بها.

والتفسير أيضاً مشكل على قواعد الأصحاب. ولذلك رده في الفروع.

وتقدم أن قواعد الأصحاب: تقتضي - على هذه النسخة - أنه أوصى بالخمس إلا السبع وتفسيره موافق لطريقة أصحاب الإمام الشافعي، وما اختاره في الفائق.

والثالثة: فيها «أوصى له بمثل نصيب أحدهم إلا بمثل نصيب ابن خامس» فهذه النسخة صحيحة على قياس طريقة الأصحاب. ويكون قد أوصى له بالخمس إلا السلس. هو موافق لما فسر. وأولى من النسخ المعروفة. والله اعلم.

قوله: ﴿وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ. فَفِيهِ ثَلَاثُ رَوَايَاتٍ﴾.

وظاهر الهداية، والمستوعب: إطلاقهن.

وأطلقهن في المذهب، أو تجريد العناية

إحداهن: له السلس بمنزلة سلس مفروض^(١).

إن لم تكمل فروض المسألة، أو كانوا عصبية: أعطى سدساً كاملاً.

(١) ذكر هذا المصنف في الكافي (لأنه يروى عن ابن مسعود أن رجلاً وصى لرجل بسهم من ماله فأعطاه النبي صلى الله عليه وسلم سلس المال الكافي (٢٧٨/٢) المغني (٤٤٥/٦) وفي المحرر مقدماً (٣٩٠/١) والشرح (٥٤٠/٦).

٢٦٤ كتاب الوصايا

وإن كملت فروضها: أعليت به، وإن عالت: أعيل معها. وهو المذهب.
نقلها ابن منصور، وحرب. عليه أكثر الأصحاب. منهم القاضي، وأصحابه،
كالشريف، وأبى الخطاب، وابن عقيل، والشيرازي، وغيرهم.
وفسر الزركشي كلام الخرقى بذلك.
قال الحارثي: هذا أصح عند عامة الأصحاب.
وحزم به فى الوجيز، ومتنخب الأزجى، وغيرهما.
وقدمه فى النظم، والفروع، والخلاصة، والرعائتين، والحاوى الصغير، والفائق،
وغيرهم.

وهو من المفردات. قال ناظمها.

من قال فى الإيصا: لزيد سهم فالسدس حيث كان القسم.
والرواية الثانية: له سهم مما تصح منه المسألة، ما لم يزد على السدس^(١).
والرواية التى ذكرها الخرقى وغيره: ليس فيها «ما لم يزد على السدس» بل قالوا:
يعطى سهمًا مما تصح منه الفريضة.
لكن قال القاضي: معناه ما لم يزد على السدس. فإن زاد عليه: أعطى السدس.
ورد الحارثي ما قال القاضي.
قال فى الفروع: وعنه له سهم واحد، مما تصح منها المسألة، مضمومًا إليها.
اختاره الخرقى. انتهى.
قلت: ليس الأمر كما قال. فإن الخرقى قال: وإذا أوصى له بسهم من ماله،
أعطى السدس.

وقد روى عن أبى عبد الله رواية أخرى: يعطى سهمًا مما تصح منه الفريضة.
انتهى. فالظاهر: أنه سبقه قلم.

والرواية الثالثة: له مثل نصيب أقل الورثة ما لم يزد على السدس.
واختار الخلال وصاحبه: له مثل نصيب أقل الورثة. سواء كان لأقل من السدس
أو أكثر.

(١) ذكره فى الكافى على الرواية الثانية فقال: (الثانية يعطى سهمًا مما تصح منه الفريضة مضافًا عليها لأن
وصيته من الفريضة فيكون سهمًا على سميها) الكافى (٢٧٨/٢) المغنى (٤٤٥/٦) ذكره أيضا فى
الشرح على الرواية الثانية الشرح (٥٤٠/٦) وكذلك فى المحرر (٣٩٠/١)

كتاب الوصايا ٢٦٥

قال فى الهداية، فى تنمة الرواية: فإن زاد على السدس: أعطى السدس وهو قول الخلال، وصاحبه انتهى. وقيل: يعطى سدسًا كاملاً.

أطلقه الخرقى، وصاحب الروضة، والمحرر^(١)، وجماعة.

وهو كالصريح فى المنور، فعنه قال: وإن وصى بسهم من ماله: أعطى سدسه وقال المصنف فى المغنى^(٢)، والشارح، والذى يقتضيه القياس: أنه إن صح أن السهم فى لسان العرب: السدس. أو صح الحديث. وهو أنه - عليه أفضل الصلاة والسلام - «أعطى رجلاً أوصى له بسهم من ماله السدس» فهو كما لو أوصى بسدس من ماله. وإلا فهو كما لو أوصى بجزء من ماله. على ما اختاره الإمام الشافعى، وابن المنذر رحمهما الله تعالى: أن الورثة يعطوه ما شاءوا.

تنبيه: قول المصنف، فى الرواية الثانية والثالثة «ما لم يزد على السدس».

قاله القاضى، وجماعة من الأصحاب. منهم: المصنف.

وأطلق الباقون الروايتين وقواه الحارثى.

قال فى الرايتين، والحاوى الصغير-على الرواية الثانية، والثالثة- له السدس، وإن جاوزه الموصى به.

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِجَمِيعِ مَالِهِ، وَآخَرَ بِنَصْفِهِ. فَالْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةٍ، إِنْ أُجِيزَ لَهُمَا. وَالثَّلْثُ عَلَى ثَلَاثَةٍ مَعَ الرَّدِّ﴾.

هذا المذهب^(٣). وعليه الأصحاب.

وفى الترغيب: وجه فيمن أوصى بماله لوارثه، وآخَرَ بثلثه، وأجيز: فلأجنبي ثلثه. مع الرد: هل الثلث بينهما على أربعة، أو على ثلاثة، أو هو للأجنبي فيه الخلاف.

قوله: ﴿فَإِنْ أُجِيزَ لِصَاحِبِ الْمَالِ وَخَذَهُ، فَلِصَاحِبِ النِّصْفِ التُّسْعُ وَالْبَاقَى لِصَاحِبِ الْمَالِ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ﴾.

(١) ذكر صاحب المحرر الإطلاع فقال: (إن أوصى له فيهم من ما له أعطى سدسه وعنه له سهم مما يصح منه الفريضة مضافاً إليها، وعنه مثل ما لا قل الورثة مضافاً إلى مسألتهم) المحرر (١/٣٩٠).

(٢) ذكره المصنف فى المغنى بنصه وتمامه المغنى (٦/٤٤٦).

(٣) ذكره المصنف فى المغنى فقال: (إذا خلف اثنين وأوصى الرجل بماله وآخَرَ بنصفه فالمال بين الوصيين على ثلاثة أن أجاز لأنك إذا بسطت المال من جنسين الكسر كان نصفين فإذا اجتمعت النصف الآخر صارت ثلاثة فيقسم المال على ثلاثة ويصير النصف ثلثاً) المغنى (٦/٤٦٨) الشرح (٦/٥٤٩) الكافى (٢/٢٨٠) المحرر (١/٣٨٩).

٢٦٦ كتاب الوصايا

وهو المذهب. صححه فى التصحيح، والمحرم^(١).

وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى الفروع، وغيره.

وفى الآخر: ليس له إلا ثلثا المال الذى كان له فى حال الإجازة لهما. ويبقى التسعان للورثة.

وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير.

وأطلقهما فى الشرح^(٢)، والفائق، والقواعد.

تنبيه: قوله: ﴿لَيْسَ لَهُ إِلَّا ثُلُثُ الْمَالِ الَّتِي كَانَتْ لَهُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ﴾.

كذا وجد بخط المصنف رحمه الله.

وكان الأصل أن يقول «إلا ثلثا المال اللتان كانتا له فى حال الإجازة» بتثنيته «التي» وبضمير التثنية فى «كان» لأن الصفة والضمير يشترط مطابقة كل واحد منهما لمن هو له. وإنما أفردا وأثنا: باعتبار المعنى، أى: السهام الستة التى كانت له. نص على ذلك فى المطع.

قوله: ﴿وَإِنْ أَجَازُوا لِصَاحِبِ النِّصْفِ وَحْدَهُ. فَلَهُ النِّصْفُ عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ﴾.

هو المذهب.

وعلى الوجه الثانى: له الثلث. ولصاحب المال: التسعان.

والوجهان الآتيان فى كلام المصنف - بعد هذا - مبنيان على الوجهين المتقدمين. وقد علمت المذهب منهما.

قوله: ﴿إِذَا أَخْلَفَ ابْنَيْنِ، وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلْثِ مَالِهِ، وَآخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنٍ﴾

فَفِيهَا وَجْهَانِ.

(١) ذكره فى المحرر فقال: (ومن أجاز منها لصاحب الكل دون صاحب الثلث أعطاه ثلاثة أرباع ما فى يده على الأول وعلى الثانى جميع ما فى يده لأنه لا يبلغ نصف ثمنه وهو الواجب له به عليه ولو أمكن) المحرر (٣٨٩/١).

(٢) ذكر الإطلاق صاحب الشرح على وجهين بناء على روايتين اللتين ذكرهما فى حالة لو أجاز (لصاحب النصف وحده - فقال (وإن أجاز لصاحب الكل وحده فله ثمانية أتساع على الوجه الأول - والتسع للآخر - وعلى الوجه الثانى - ليس إلا الثلثان اللذان كانا فى حال الإجازة لهما وبقي التسعان للورثة) الشرح (٥٥٠/٦).

كتاب الوصايا ٢٦٧

وأطلقهما في المغنى^(١)، والكافي^(٢)، والمحرم^(٣)، والشرح^(٤)، والفروع.
أحدهما: ﴿لصاحب النصيب ثلث المال عند الإجازة. وعند الرد: يُقسم الثلث بين الوصيين نصفين﴾. وهو المذهب.

قال في الهداية: هذا قياس المذهب عندى.

وجزم به في الوجيز. وقدمه في الرعايتين، والحاوى الصغير.

والوجه الثانى: ﴿لصاحب النصيب: مثل ما يحصل لابن، وهو ثلث الباقي، وذلك التسعان عند الإجازة. وعند الرد: يُقسم الثلث بينهما على خمسة﴾.
وهو احتمال في الهداية. وقدمه في المستوعب.

قال الحارثى: وهذا أصح بلا مرية.

قوله: ﴿وإن كان الجزء الموصى به النصف: خرج فيها وجه ثالث وهو أن يكون لصاحب النصيب في حال الإجازة ثلث الثلثين، وفي الرد يُقسم الثلث بينهما على ثلاثة عشر لصاحب النصف تسعة ولصاحب النصيب أربعة﴾.
والمذهب الأول.

قال الحارثى، عن الوجه الثالث: وليس بالقوى. وأطلقهن في الشرح.

والمسائل المفرعة بعد ذلك: مبنية على الخلاف هنا. وقد علمت المذهب هنا.

فائدة جلية: قوله: ﴿وإن خلف أمًا وبنًا وأختًا، وأوصى بمثل نصيب الأم وسبع ما يبقى، وآخر بمثل نصيب الأخت ورُبْع ما يبقى، وآخر بمثل نصيب البنت وثلث ما يبقى، فقل: مسألة الورثة من ستة. وهى بقية مال ذهب ثلثه، فرد عليه مثل نصفه ثلاثة. ثم رد مثل نصيب البنت: يكن أنى عشر. فهى بقية مال ذهب ربعه. فرد عليه مثل ثلثه، ومثل نصيب الأخت: صارت ثمانية عشر. وهى بقية مال ذهب سبعة. فرد عليه سدسه، ومثل نصيب الأم: يكن اثنين وعشرين﴾.

(١) ذكر الإطلاق في المغنى على وجهين وبين كيفية حسابها انظر المغنى (٤٥٥/٦)

(٢) ذكر الوجهين أيضا المصنف في الكافي. الكافي (٢٨٠/٢)

(٣) ذكر الإطلاق أيضا صاحب المحرم. المحرم (٣٩٠/١)

(٤) ذكر الوجهين أيضا صاحب الشرح. الشرح (٥٥٣/٦)

٢٦٨ كتاب الوصايا

هذه الطريقة: سمي «طريقة المنكوس» وهي غير مطردة.

ولنا فيها طريقة مطردة. ولم أرها مسطورة في كلام الأصحاب. ولكن أفادنيها بعض مشايخنا.

وذلك أن نقول: انكسر معنا على ثلاثة، وأربعة، وسبعة.

وهذه الأعداد متباينة. فاضرب بعضها في بعض: تبلغ أربعة وثمانين. ثلثها ثمانية وعشرون. وربعها أحد وعشرون. وسبعها اثني عشرة. ومجموع ذلك أحد وستون. يبقى بعد ذلك ثلاثة وعشرون، وهو النصيب. فاحفظه.

ثم تأتى إلى نصيب البنت - وهو ثلاثة - تلقى ثلثه، وهو واحد. ويبقى اثنان، وتلقى من نصيب الأخت ربعه. وهو نصف سهم. يبقى سهم ونصف. وتلقى من نصيب الأم سبعة. وهو سبع سهم. ويبقى ستة أسباع. فتجمع الباقي بعد الذى ألقيته من أنصباء الثلاثة، ويكون المجموع عشرة أسهم وسبعين ونصف سبع. فاضرب ذلك فى الأربعة والثمانين التى حصلت من مخرج الكسور: يكون ثمانمائة وسبعين. ومنها تصح.

للموصى له بمثل نصيب الأم سهم من ستة، مضروب فى النصيب. وهو ثلاثة وعشرون. يكون ذلك ثلاثة وعشرين. وله سبع الباقي من الثمانمائة والسبعين، وهو مائة واحد وعشرون. بلغ المجموع له مائة وأربعة وأربعين.

وللموصى له بمثل نصيب الأخت سهمان من ستة، مضروبان فى النصيب. تبلغ ستة وأربعين. وله ربع الباقي من الثمانمائة والسبعين. وقدره مائتان وستة. يكون المجموع له مائتين واثنين وخمسين.

وللموصى له بمثل نصيب البنت: ثلاثة، مضروبة فى ثلاثة وعشرين. تبلغ تسعة وستين. وله ثلث الباقي من الثمانمائة والسبعين، وقدره مائتان وسبعة وستون. يكون المجموع له ثمانمائة وستة وثلاثين.

فمجموع سهام الموصى لهم سبعمائة واثنان وثلاثون سهماً. والباقي للورثة، وقدره مائة وثمانية وثلاثون سهماً.

للأم السدس من ذلك، وقدره ثلاثة وعشرون سهماً.

وللأخت الثلث، قدره ستة وأربعون سهماً.

وللبنت النصف، وقدره تسعة وستون سهماً. والله أعلم.

كتاب الوصايا ٢٦٩

وإن أردت أن تعطى الموصى له بمثل نصيب البنت وثلث ما يبقى أولاً، أو الموصى له بمثل نصيب الأخت وربيع ما يبقى: فافعل كما قلنا، يصح العمل معك بخلاف طريقة المصنف. فإنها لا تعمل إلا على طريقة واحدة. وهى التى ذكرها. فأحببت أن أذكر هذه الطريقة لتعرف، وليقاس عليها ما شابهها لاطرادها. والله الموافق. واستمرينا على هذه الطريقة مدة طويلة إلى سنة سبع وسبعين وثمانمائة. ثم سافرت إلى بيت المقدس للزيارة. وكان فيها رجل من الأفاضل المحررين فى الفرائض والوصايا. فسألته عن هذه المسألة؟ فتزد فيها. وذكر لنا طريقة حسنة موافقة لقواعد الفرضين.

وكنيت قبل ذلك قد كتبت الأولى فى التنقيح، كما فى الأصل. فلما تحرر عندنا أن الطريقة التى قالها هذا الفاضل أولى وأصح: أضربنا عن هذه التى فى الأصل. وأثبتنا هذه. وهى المعتمد عليها.

وقد تبين لى أن الطريقة التى فى الأصل غير صحيحة. وإنما هى عمل لتصح قسمتها مطلقاً، من غير نظر إلى ما يحصل لكل واحد. وقد كتبت عليها ما يبين ضعفها من صحتها فى غير هذا الموضع. ويعرف بالتأمل عند النظر. وأثبت هذه الطريقة. وضربت على الأولى التى فى الأصل هنا. فليحرر.

* * *

باب الموصى إليه

فائدة: الدخول فى الوصية للقوى عليها: قرينة.
وقال فى المغنى^(١): قياس مذهبه أن ترك الدخول أولى. انتهى.
قلت: وهو الصواب، ولا سيما فى هذه الأزمنة.
تنبيه: شمل قوله: «تصح وصية المسلم إلى كل مسلم عاقل عدل». العدل العاجز إذا كان أميناً. وهو صحيح. وهو المذهب.

(١) ذكره فى المغنى فقال (وقياس مذهب أحمد أن ترك الدخول فيها أولى لما فيها من الخطر وهو لا يعدل بالسلامة شيئاً) وروى حديثاً ويدل على أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لأبى ذر: إني أراك ضعيفاً وإني أحب لك ما أحب لنفسى فلا تأمرت على اثنين ولا تولين مال يتيم وأخرجه مسلم المغنى (٥٧٧/٦).

٢٧٠ كتاب الوصايا

قطع به أكثر الأصحاب. وحكاها المصنف^(١)، والشارح إجماعاً.

لكن قيده صاحب الرعاية بطريان العجز. وقدمه في الفروع.

وقال في الترغيب: لا تصح. واختار ابن عقيل إبداله.

وقال في الكافي^(٢): للحاكم إبداله.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ عَبْدًا﴾.

تصح الوصية إلى العبد، لكن لا يقبل إلا بإذن سيده.

ذكره القاضي في التعليق، ومن بعده.

وتصح إلى عبد نفسه. قاله ابن حامد.

وتابعه في الكافي^(٣)، والرعايتين، والفائق، وغيرهم.

وقطع به الزركشي وغيره.

قال في القواعد الأصولية: هذا مذهبننا.

قال في الفروع: تصح الوصية إلى رشيد عدل، ولو رقيق.

قال القاضي: قياس المذهب يقتضى ذلك.

تنبيهان

الأول: يحتمل أن يكون مراد المصنف بالعدل: العدل مطلقاً. فيشمل مستور الحال. وهو المذهب.

ويحتمل أن يريد العدل ظاهراً أو باطناً. وهو قول في المذهب.

الثاني: ظاهر كلام المصنف: عدم صحة وصية المسلم إلى كافر. وهو صحيح وهو المذهب. وعليه الأصحاب.

وذكر المجد في شرحه: أن القاضي ذكر في تعليقه ما يدل على أنه اختار صحة الوصية. نقله الحارثي.

(١) حزم به في المغنى فقال (أما العدل الذى يعجز عن النظر لعله أو ضعف تصح إليه الحاكم أمينا ولا يزيل يده عن المال) المغنى (٥٧٣/٦).

(٢) ذكره في الكافي (٢/٢٩١).

(٣) ذكره في الكافي فقال (وقال ابن حامد تصح الوصية إلى العبد سواء كان له أو لغيره لأنه يصح توكلية فأشبهه الحر) الكافي (٢/٢٩١).

كتاب الوصايا ٢٧١

قوله: ﴿أَوْ مُرَاهِقًا﴾.

قطع المصنف^(١) هنا بصحة الوصية إلى المراهق. وهو إحدى الروايتين.

قال القاضي: قياس المذهب صحة الوصية إلى المميز.

وجزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، وشرح ابن منجا، ومنتخب الأدمي.

قال في القواعد الصولية: قال هذا كثير من الأصحاب.

قال الحارثي: هو قول أكثر الأصحاب.

وعنه: لا تصح إليه حتى يبلغ. وهو المذهب.

اختاره المصنف^(٢)، والشارح، والمجد، وغيرهم.

قال في الوجيز: مكلف.

وقدمه في المحرر^(٣)، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، والنظم، والفائق، وغيرهم.

وجزم به في المنور، وغيره وأطلقهما الزركشي.

قال في الكافي^(٤): وفي الوصية إلى الصبي العاقل وجهان.

تنبيه: ظاهر تقييد المصنف بالمراهق: أنها لا تصح إلى مميز قبل أن يراهق. وهو ظاهر كلامه

في الهداية، وغيرهما.

وهو صحيح. وهو المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

وجزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في الرعاية، والمحرر^(٥)، والفروع، والفائق، وغيرهم.

(١) ذكره في المعنى موخرًا ثم ذكر قول القاضي ثم بانه يصح في المذهب قياسا المعنى (٥٧٠/٦).

(٢) ذكره المصنف مقدما فقال - (أنه ليس من أهل الشهادة والاقترار ولا يصح تصرفه إلا باذن فلم يكن من أهل الولايه بطريق الاولى فلا يكون واليا كالطفل والمجنون) المعنى (٥٧٠/٦).

(٣) ذكره في المحرر مقدما فقال (وعنه تصح الوصية إلى المراهق) المحرر (٣٩٢/١).

(٤) ذكر الوجهين المصنف في الكافي فقال (أحدهما تصح لأنه يصح توكلية فأشبه الرجل الثاني: لا يصح لأنه ليس من أهل الشهادة فلا يكون وليا كالفاسق) الكافي (٢٩١/٢).

(٥) ذكره في المحرر فقال (وعنه تصح إلى المراهق) المحرر (٣٩٢/١).

وعنه: تصح: قاله كثير من الأصحاب.

قال القاضي: هذا قياس المذهب كما تقدم.

ويأتى: هل يصح أن يوصى إليه عند بلوغه قبل أن يبلغ؟ وهو الوصى المنتظر.

فائدتان

إحدهما: لا تصح الوصية إلى السفیه. على الصحيح من المذهب. وعنه: تصح.

الثانية: لا نظر لحاكم مع وصى خاص إذا كان كفؤاً فى ذلك.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله - فيمن أوصى إليه بإخراج حجة - : أن ولاية إخراجها والتعيين لناظر الخاص إجماعاً. وإنما للولى العام الاعتراض، لعدم أهليته. أوفعله محرماً.

قال فى الفروع: فظاهره لا نظر ولا ضم مع وصى متهم. وهو ظاهر كلام جماعة. وتقدم كلامه فى ناظر الوقف، فى كتاب الوقف.

ونقل ابن منصور: إذا كان الوصى متهماً لم تخرج من يده، ويجعل معه آخر.

ونقل يوسف بن موسى: إن كان الوصى متهماً ضم إليه رجل يرضاه أهل الوقف، يعلم ما جرى. ولا تنزع الوصية منه.

ثم إن ضمه بأجرة من الوصية: توجه جوازه. ومن الوصى: فيه نظر، بخلاف ضمه مع فاسق. قاله فى الفروع.

قوله: ﴿وَلَا تَصِحُّ إِلَيَّ غَيْرُهُمْ﴾.

قدم المصنف^(١) هنا أنها لا تصح إلى فاسق. وهو صحيح. وهو المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. منهم: القاضي، وعامة أصحابه. منهم: الشريف، وأبو الخطاب فى خلافيهما، والشيرازى، وابن عقيل فى التذكرة، وابن البناء، وغيرهم.

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته. وجزم به فى الوجيز.

وقدمه فى الكافى^(٢)، والمحرم^(٣)، والرعايتين، و الحاوى الصغير، والهداية، والخلاصة، والنظم. ونصره المصنف، والشارح.

(١) ذكره المصنف فى الكافى فقال (ولا تصح الوصية إلى فاسق لأنه غير مأمون) الكافى (٢/٢٩٠) وذكره فى المغنى مقدماً (وعن أحمد ما يدل على عدم صحة الوصية إليه) المغنى (٦/٥٧١)

(٢) ذكره فى الكافى مقدماً فقال (ولا تصح الوصية إلى فاسق لأنه غير مأمون) الكافى (٢/٢٩٠)

(٣) ذكره فى المحرم مقدماً وقيد بأنه لا بد أن يكون (عدلاً) المحرم (١/٣٩٢)

وعنه: تصح إلى الفاسق. ويضم إليه الحاكم أميناً.

قاله الخرقى، وابن أبى موسى.

وقدمه فى الفروع، والفائق.

وهذا من غير الغالب الذى قدمه فى الفروع

القاضى: هذه الرواية محمولة على من طراً فسقه بعد الوصية.

وقيل: تصح إلى الفاسق إذا طراً عليه. ويضم إليه أمين. اختاره جماعة من الأصحاب.

وعنه: تصح إليه من غير ضم أمين. حكاه أبو الخطاب فى خلافه.

قلت: وهو بعيد جداً.

قال فى الخلاصة: ويشترط فى الوصى العدالة.

وعنه: يضم إلى الفاسق أمين.

ويأتى: هل تصح الوصية إلى الكافر فى آخر الباب؟

قوله: ﴿وَإِنْ كَانُوا عَلَىٰ هَذِهِ الصِّفَاتِ، ثُمَّ وَجِدَتْ عِنْدَ الْمَوْتِ: فَهَلْ تَصِحُّ عَلَىٰ وَجْهَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافى^(١)، والمحزر^(٢)، والزر كشى، والقواعد الفقهية.

اعلم أن فى هذه المسألة أوجهاً.

أحدها: يشترط وجود هذه الصفات عن الوصية والموت، وما بينهما. وهو احتمال فى الرعاية، وقول فى الفروع، ووجه للقاضى فى المجرد.

والثانى: يكفى وجودها عند الموت فقط. وهو أحد وجهى المصنف. صححه فى التصحيح. جزم به فى الوجيز، والمنور.

والثالث: يعتبر وجودها عند الوصية فقط. وهو المذهب. وهو ظاهر كلام ابن عبدوس فى تذكرته.

(١) ذكر الإطلاق صاحب الكافى فقال (وتعتبر هذه الشروط حال العقد فى أحد الوجهين لأنها شروط العقد فاعتبرت حال وجوده كسائر العقود والثانى - تعتبر حال الموت لأنه حال ثبوت الوصية لزومها فاعتبرت الشروط فيها الوصية له) الكافى (٢/٢٩١)

(٢) ذكر صاحب المحرر الإطلاق فقال (فإن وجدت هذه الشروط عند الموت دون الوصية فعلى وجهين (الصحيح الصحة) المحرر (١/٣٩٢))

ونصره المصنف ^(١) ، والشارح.
 وقدمه فى النظم ، والفروع.
 ويحتمله الوجه الثانى للمصنف.
 والرابع : يكفى وجودها عند الوصية فقط.
 وهو احتمال فى الرعاية، وتخريج فى الفائق.
 وهو ظاهر ما قدمه فى تجريد العناية. ويضم إليه أمين.
 قال فى الرعاية: ومن كان أهلا عند موت الموصى، لا عند الوصية إليه: فوجهان.
 ومن كان أهلا عند الوصية إليه، فزالت عند موت الموصى: بطلت.
 قلت: ويحتمل أن يضم إليه أمين.
 فإن كان أهلا عند الوصية. ثم زالت، ثم عادت عند الموت: صحت.
 وفيها احتمال، كما لو زالت بعد الموت ثم عادت. انتهى.
 قوله: ﴿وَإِذَا أَوْصَى إِلَى وَاحِدٍ، وَبَعْدَهُ إِلَى آخَرَ. فَهُمَا وَصِيَّتَانِ﴾. نص عليه.
 ﴿إِلَّا أَنْ يَقُولَ: قَدْ أَخْرَجْتُ الْأَوَّلَ﴾. نص عليه.
 ﴿وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا الْإِنْفِرَادُ بِالتَّصَرُّفِ، إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ﴾.
 نص عليه. وذكر الحارثى ما يدل على رواية بالجواز.
 وتقدم الكلام فيما إذا جعل النظر فى الوقف لاثنين، أو كان لهما بأصل
 الاستحقاق، فى كتاب الوقف، بعد قوله: «ويرجع إلى شرط الواقف» وهذا يشبه ذلك.
 فائدة: لو وصى إلى اثنين فى التصرف وأريد اجتماعهما على ذلك.
 قال الحارثى: من الفقهاء من قال: ليس المراد من الاجتماع تلفظها بصيغ العقود.
 بل المراد: صدورهما عن رأيهما. ثم لا فرق بين أن يياشر أحدهما، أو الغير بإذنهما،
 ولم يخالف الحارثى هذا القائل.
 قلت: وهو الظاهر. وأنه يكفى إذن أحدهما الوكيل فى صدور العقد مع حضور
 الآخر، ورضاه بذلك.
 ولا يشترط توكيل الاثنين. كما هو ظاهر كلامه الأول.

(١) ذكره المصنف ونصره بقوله: (لأنها شروط لعقد فتغير حال وجوده كسائر العقود) المغنى (٦/٥٧١).

قوله: ﴿فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا: أَقَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ أَمِينًا﴾.

وكذا لو وجد ما يوجب عزله. بلا نزاع.

قال المصنف: أو غاب. لكن لو ماتا، أو وجد منهما ما يوجب عزلهما، ففى الاكتفاء بواحد: وجهان.

وأطلقهما فى الكافى^(١)، والمغنى^(٢)، والشرح^(٣)، والفروع، والحاوى الصغير، والزركشى.

قال فى الفائق: ولو ماتا جاز إقامة واحد. فى أصح الروايتين.

قال فى الرعاية الكبرى: وإن وجد منهما ما يوجب عزلهما: جاز أن يقيم الحاكم بدلتهما واحداً فى الأصح.

قال ابن رزین فى شرحه: فإن تغير حالهما فله نصب واحد.

وقيل: لا ينصب إلا اثنين.

تنبيه: هذه الأحكام المتقدمة: إذا لم يجعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً.

فأما إن جعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً - كما صرح به المصنف - فمات أحدهما، أو خرج من أهلية الوصية: لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه، إلا أن يعجز عن التصرف وحده.

وإن ماتا معاً، أو خرجا من الوصية: فللحاكم أن يقيم واحداً.

ولو حدث عجز لضعف، أو علة، أو كثرة عمل ونحوه، ولم يكن لكل واحد منهما التصرف منفرداً: ضم أمين. جزم به فى المغنى^(٤)، والشرح^(٥).

قال ابن رزین: ضم إليه أمين. ولم ينعزل إجماعاً.

وقيل: له ذلك. أطلقهما فى الفروع.

(١) ذكر الإطلاق فى الكافى فقال (فهل للحاكم تفويض ذلك إلى واحد فيها وجهان - أحدهما: يجوز لأن حكم وصيتها بموتها فكان الأمر إلى الحاكم كمن لن يكون له وصى - الثانى - لا يجوز لأن الموصى لم يرض بنظر واحد. وإن اختلف الوصيان فى حفظ المال - جعل فى مكان واحد تحت نظرهما لأن الموصى لم يرض بأحدهما فلم يجوز له الانفراد به كالتصريف) الكافى (٢٩٢/٢)

(٢) ذكر الإطلاق فى المغنى فقال فيه وجهان (أحدهما له ذلك لأنه لما عدم الوصيان صار الأمر إلى الحاكم بمنزلة ما لم يوص ولو لم يوص لاكتفى بواحد كذا ههنا) المغنى (٥٧٥/٦)

(٣) ذكر الوجهين فى الشرح كما فى المغنى الشرح (٥٨٢/٦).

(٤) قطع به المصنف فى المغنى (قال: فله أن يقيم أميناً متصرفاً معه على كل حال). المغنى (٥٧٦/٦).

(٥) قطع به فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٥٨٣/٦).

قوله: ﴿وَكَذَلِكَ إِنْ فَسَقَ﴾.

يعنى أقام الحاكم مقامه أميناً وينعزل.

فشمل كلام المصنف صورتين:

إحدهما: أن يكون وصياً منفرداً.

الثانية: أن يكون مضافاً إلى وصى آخر.

واعلم أن هذا مبنى على الصحيح من المذهب، من أن الفاسق لا تصح الوصية إليه. وينعزل إذا طرأ عليه الفسق، كما تقدم التنبيه عليه.

وعنه: يضم إليه أمين.

قدمه فى الفروع، والفائق. كما تقدم.

وقيل: يضم إليه هنا أمين، وإن أبطلنا الوصية إلى الفاسق لطريانه.

اختاره جماعة من الأصحاب. كما تقدم.

فوائد

لو وصى إليه - قبل أن يبلغ - ليكون وصياً بعد بلوغه، أو حتى يحضر فلان، أو إن مات فلان، ففلان وصى: صح. ويصير الثانى وصياً عند الشرط.

ذكره الأصحاب. ويسمى «الوصى المنتظر».

قال فى المستوعب: لو أوصى إلى المرشد من أولاده عند بلوغه، فإن الوصية تصح. ويسمى «الوصى المنتظر» انتهى.

وكذا لو قال: أوصيت إليه سنة، ثم إلى فلان. للخير الصحيح «أميركم زيد فإن قتل: فجعفر. فإن قتل: فعبد الله بن رواحة» والوصية كالتأخير.

قال فى الفروع: ويتوجه: لا.

يعنى ليست الوصية كالتأخير. لأن الوصية استتابه بعد الموت. فهى كالوكالة فى الحياة.

ولهذا: هل للوصى أن يوصى، ويعزل من وصى إليه؟.

ولا تصح إلا فى معلوم. وللوصى عزله، وغير ذلك، كالوكيل.

فلهذا. لا يعارض ذلك ما ذكره القاضى وجماعة من الأصحاب، إذا قال الخليفة:

كتاب الوصايا ٢٧٧

الإمام بعدى فلان. فإن مات فلان فى حياتى. أو إذا تغير حاله: فالخليفة فلان: صبح.

وكذا فى الثالث والرابع.

وإن قال: فلان ولى عهدى. فإن ولى ثم مات، فلان بعده: لم يصح للثانى. وعلوه بأنه إذا ولى، وصار إماماً: حصل التصرف، وبقي النظر والاختيار إليه. فكان العهد إليه فيمن يراه.

وفى التى قبلها: جعل العهد إلى غيره عند موته، أو تغير صفاته فى الحالة التى لم يثبت للمعهود إليه إمامة.

قال فى الفروع: وظاهر هذا: أنه لو علق ولى الأمر ولاية حكم أو وظيفة بشرط شغورها، أو بشرط، فوجد الشرط بعد موت ولى الأمر والقيام مقامه: أن ولايته تبطل. وأن النظر والاختيار لمن يقوم مقامه.

يؤيده: أن الأصحاب اعتبروا ولاية الحكم بالوكالة فى مسائل. وأنه لو علق عتقاً أو غيره بشرط: بطل بموته.

قالوا: لزوال ملكه فتبطل تصرفاته.

قال فى المغنى وغيره: ولأن إطلاق الشرط يقتضى الحياة. انتهى كلام صاحب الفروع.

وظاهر كلامه: صحة ولاية الحكم والوظائف بشرط شغورها، أو بشرط إذا وجد ذلك قبل موت ولى الأمر. وهو ظاهر كلامه.

قوله: ﴿وَيَصِحُّ قَبُولُهُ لِلْوَصِيَّةِ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي وَبَعْدَ مَوْتِهِ﴾.

بلا نزاع. وتقدم الإيجاب والقبول.

قوله: ﴿وَلَهُ عَزْلُ نَفْسِهِ مَتَى شَاءَ﴾.

هذا المذهب مطلقاً. وعليه أكثر الأصحاب.

قال فى القاعدة الستين: أطلق كثير من الأصحاب: أن له الرد بعد القبول فى حياة الموصى وبعده.

وجزم به فى الوجيز، وغيره.

٢٧٨ كتاب الوصايا

وقدمه فى الكافى^(١)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، وشرح الحارثى، ونصره.

وقيل: له ذلك إن وجد حاكم، وإلا فلا. ونقله الأثرم.

وقدمه فى المحرر^(٢)، والنظم.

وعنه: ليس له ذلك بعد موته بحال ولا قبله، إذا لم يعلمه بذلك.

وعنه: ليس له ذلك بعد موته. ذكرها ابن أبى موسى. قاله فى الفروع.

قال فى القواعد: وحكى ابن أبى موسى رواية: ليس له الرد بحال إذا قبلها.

ومن الأصحاب من حملها على ما بعد الموت.

وحكماهما القاضى فى خلافه صريحاً فى الحالين.

قوله: ﴿وَأَيْسَ لِلْوَصِيِّ أَنْ يُوصِيَ إِلَّا أَنْ يُجْعَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ﴾.

وهو المذهب. اختاره أبو بكر، والقاضى، وابن عبدوس فى تذكرته.

قال الشارح: وهو الظاهر من قول الخرقي.

وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وصححه فى النظم، وغيره.

وقدمه فى الفائق، وغيره.

قال الحارثى: هذا أشهر الروايتين.

قال ابن منجا فى شرحه: هذا المذهب، وهو أصح. انتهى.

قال فى القواعد الأصولية: أشهرهما عدم الجواز.

قال الحارثى: لو غلب على الظن أن القاضى يسند إلى من ليس أهلاً، أو أنه ظالم:

اتجه جواز الإيصاء. قولاً واحداً. بل يجب. لما فيه من حفظ الأمانة، وصون المال عن

التلف، والضياع. انتهى.

وعنه: له ذلك. وقدمه ابن رزین فى شرحه.

(١) ذكره فى الكافى مقدماً فقال (للموصى عزل نفسه متى شاء فى حياة الموصى وبعد موته لأنه أذن فى التصرف فملك كل واحد منهما فسخره كالوكالة) الكافى (٢/٢٩٣).

(٢) ذكره فى المحرر مقدماً فقال (وللموصى إليه عزل نفسه عنهما فيهما إذا وجد حاكماً) المحرر (١/٣٩٢).

كتاب الوصايا ٢٧٩

ويكون الثانى وصياً لهما. قاله جماعة. منهم صاحب المستوعب.

قال الحارثى: وهو مشكل.

وقال القاضى: يكون الثانى وصياً عن الأول. فلو طرأ للأول ما يخرج عنه الأهلية: انعزل الثانى. لأنه فرعه.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافى^(١)، والمغنى^(٢)، والشرح^(٣)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والقواعد فى القاعدة التاسعة والسيتين.

قال فى الرعاية الكبرى: فإن أطلق فروايتان.

وقيل: فيما يتولاه مثله.

وقال فى الرعاية الصغرى: وإن أطلق فروايتان فيما يتولاه مثله.

فاختلف نقله فى محل الروايتين.

ويأتى فى أركان النكاح «هل للوصى فى النكاح أن يوصى به؟».

فائدة: إن نهاه الموصى عن الإيصاء: لم يكن له أن يوصى. وله أن يوصى إلى غيره بإذنه فيما وصاه به. على الصحيح من المذهب.

وقيل: ليس له ذلك.

وقيل: إن أذن له فى الوصية إلى شخص معين: جاز، وإلا فلا.

وأما جواز توكيل الوصى: فقد تقدم فى كلام المصنف فى باب الوكالة.

تنبيه: شمل قوله «وَلَا تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ إِلَّا فِي مَعْلُومٍ يَمْلِكُ الْمُوصِي فِعْلَهُ».

الإيصاء بتزويج موليته، ولو كانت صغيرة. وهو صحيح. وله إجبارها، كالأب على الصحيح^(٤) من المذهب.

(١) ذكر الوجهين فى المغنى فقال (وإن أطلق ففيه روايتان إحداهما: له أن يوصى لأنه قائم مقام الأب فملك ذلك كالأب - الثانية - ليس له ذلك. اختاره أبو بكر لأنه يتصرف بالتولية فلم يكن له التفويض من غير إذن فيه) الكافى (٢٩٢/٢).

(٢) ذكر الوجهين فى المغنى قال ففيه روايتان - إحداهما له أن يوصى إلى غيره لأن الأب أقامه مقام نفسه فكان له الوصية كالأب - الثانية - ليس له ذلك) المغنى (٥٧٥/٦).

(٣) ذكر الوجهين فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٥٨٨/٦).

(٤) ذكره صاحب الشرح فقال (لأن الوصى يتصرف بالإذن فلم يجز إلا معلوم يملك الموصى فعله كالوكالة) الشرح (٥٩٠/٦). المحرر (٣٩٢/١). العمدة (٣٠١).

٢٨٠ كتاب الوصايا

وذلك على ما يأتى فى كلام المصنف فى باب أركان النكاح، والخلاف فيه.
قال المجد فى شرحه - بعد ذكر الخلاف فى الوصية بالنكاح - وعلى هذا: تصح
الوصية بالخلافة من الإمام. وبه قال الإمام الشافعى رحمه الله.

قلت: وقطع به الحارثى، وغيره.

تنبيه آخر: ظاهر قوله: ﴿وَالنَّظَرُ فِي أَمْرِ الْأَطْفَالِ﴾.

أنه لا يصح أن يجعله وصياً على البالغ الرشيد من أولاده وغيرهم من الوارث وهو
صحيح.

وكذا لا يصح الإيصاء إليه باستيفاء دينه مع بلوغ الوارث رشده، ولو مع غيبته.
ومفهوم قوله «يملك الموصى فعله» أنه لا يصح الإيصاء بما لا يملك فعله. وهو
صحيح.

فلا تصح وصية المرأة بالنظر فى حق أولادها الأصاغر ونحو ذلك.

قاله فى الوجيز، وغيره.

قوله: ﴿وَإِذَا أَوْصَى بِتَفْرِيقٍ ثُلُثِهِ، فَأَبَى الْوَرِثَةُ إِخْرَاجَ ثُلْثٍ مَّا فِي أَيْدِيهِمْ﴾.

وكذا لو جحدوا ما فى أيديهم.

﴿أَخْرَجَهُ كُلُّهُ مِمَّا فِي يَدِهِ﴾.

وهو المذهب. جزم به فى الوجيز.

وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق، والهداية، والمستوعب، والخلاصة،
وشرح ابن رزين.

وعنه: يخرج ثلث ما فى يده، ويحبس باقيه، ليخرجوا ثلث ما معهم.

وأطلقهما فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والمحرم^(٣)، والنظم.

(١) ذكر الإطلاق فى المغنى فقال (فعنه روايتان إحداهما. يخرج الثلث كله مما فى يده نقلها أبو طالب لأن
حق الموصى له متعلق بأجزاء التركة فجاز أن يدفع إليه مما فى يده كما يدفع إلى بعض الورثة - الثانية -
يدفع إليه ثلث ما فى يده ولا يعطيهم شيئاً مما فى يده حتى يخرجوا ثلث ما فى أيديهم نقلها أبو
الحارث لأن صاحب الدين إذا كان للمدين فى يده مال لم يملك استيفاء مما فى يده كذا ههنا). المغنى
(٥٧٨/٦).

(٢) ذكر الإطلاق فى الشرح كما فى المغنى النقطة السابقة. الشرح (٥٩٣/٦).

(٣) ذكر الإطلاق أيضاً فى المحرم - المحرم (٣٩٢/١).

كتاب الوصايا ٢٨١

وذكر أبو بكر في التنبيه: أنه لا يجبس الباقي. بل يسلمه إليهم، ويطالبهم بثلت ما في أيديهم. وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله.
وأطلقن في الفروع.

قال المصنف، وتبعه الشارح: ويمكن حمل الروايتين الأُولَتَيْنِ على اختلاف حالين. فالأُولَى: محمولة على ما إذا كان المال جنساً واحداً. والثانية: محمولة على ما إذا كان المال أجناساً، فإن الوصية تتعلق بثلت كل جنس.

وقال في الرعاية، وقيل: إن كانت التركة جنساً واحداً: أخرج الثلث كله مما معه. وإلا أخرج ثلثه فقط.

فائدة: لو ظهر دين يستغرق التركة، أو جهل موصي له. فتصدق بجميع الثلث هو أو حاكم، ثم ثبت ذلك: لم يضمن. على الصحيح من المذهب.

قال في الرعاية الكبرى، قلت: بل يرجع به لوفاء الدين. وعنه يضمن.

قوله: ﴿وَإِنْ أَوْصَاهُ بِقَضَاءٍ دَيْنٍ، فَأَبَى ذَلِكَ الْوَرَثَةُ: قَضَاهُ بِغَيْرِ عِلْمِهِمْ﴾.

يعنى إذا جحدوا الدين وتعذر ثبوته، أو أبوا الدفع. وهذا المذهب.

جزم به في الوجيز. وقدمه في المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والرعايتين، والحاوي الصغير، والنظم.

قال ابن منجا: هذا المذهب.

وعنه: لا يقضيه بغير علمهم إلا بينة.

وأطلقهما في الفروع، والفائق.

وقال في الرعاية وغيره: وعنه يقضيه إن أذن له فيه حاكم.

قال في المستوعب، والهداية: اختاره أبو بكر.

وعنه - فيمن عليه دين لميت، وعلى الميت دين - أنه يقضى دين الميت إن لم يخف تبعة.

وهذه الرواية عامة في الموصى إليه وغيره.

(١) جزم به في المغنى كما في الشرح النقطة القادمة.

(٢) قطع به في الشرح (لأنه واجب سواء رضوا به أو أبوه قضاه كما لو وصى لرجل بمعين يخرج من الثلث فلم يقبلوا الوصية فإنه يدفع إليه وصيته بغير رضاهم ولا يعتبر علمهم) الشرح (٥٩٤/٦).

٢٨٢ كتاب الوصايا

فإن كان الذى عليه الدين غير الموصى إليه، ويعلم أن الميت الذى له الدين عليه دين لآخر، وجحدته الورثة، فقضاه مما عليه: ففيه ثلاث روايات.

إحداهن: هذه. أعنى يقضيه إن لم يخف تبعة.

الثانية: لا يقضيه، ولا يبرأ بذلك. قدمه ابن رزين فى شرحه.

والثالثة: يبرأ بالدافع بالقضاء باطناً.

وهى هذه الرواية الناظم.

وأطلقهن فى الفائق. وأطلق الأخيرتين فى الفروع.

وقدم فى الرعايتين، والحاوى الصغير: جواز قضائه مطلقاً فى الباطن.

فائدة: لو أقام الذى له الحق بينة شهدت بحقه، فهل يلزم الموصى إليه الدفع إليه بلا حضور حاكم؟ فيه روايتان.

وأطلقهما فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والرعاية، والفائق، والنظم، والفروع.

لكن جعلها فى المغنى^(٣)، والشرح^(٤): فى جواز الدفع لا فى لزوم الدفع.

قال ابن أبى المجد فى مصنفه: لزمه قضاؤه بدون حضور حاكم. على الأصح.

وقدمه ابن رزين فى شرحه.

فائدة: يجوز لمن عليه دين ميت: أن يدفع إلى من أوصى له به إذا كان معيناً. وإن

شاء دفعه إلى وصى الميت، ليدفعه إلى الموصى له به. وهو أولى.

فإن لم يوص به، ولا بقبضه عيناً: لم يبرأ إلا بدفعه إلى الموصى إليه والوارث معاً.

وقيل: أو الموصى إليه بقبض حقوقه.

وهو احتمال فى الرعاية.

وإن صرف أجنبى الموصى به لمعين - وقيل: أو لغيره - فى جهته: لم يضمه.

وإن وصاه بإعطاء مدع ديناً يمينه: نفذه من رأس ماله. قاله الشيخ تقى الدين

رحمه الله.

(١) ذكر الإطلاق فى المغنى قال (فكلام أحمد يدل على روايتين إحداهما - قال لا يجوز الدفع إليه بدعواه إلا أن تقوم البينة فظاهر هذا أنه يجوز الدفع بالبينة من غير حكم حاكم لأن البينة له حجة الثانى - قال فى موضع آخر إلا أن تثبت بينة عند الحكم بذلك فأما إن صدقهم الورثة على ذلك قبل لأنه إقرار منهم على أنفسهم) المغنى (٥٧٩/٦).

(٢) ذكر الإطلاق فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٥٩٦/٦).

(٣) بالضبط جعله فى المغنى جواز الدفع لا فى لزوم الدفع. انظر المغنى (٥٧٩/٦).

(٤) وكذلك جعله صاحب الشرح كما فى المغنى. للشرح (٥٩٦/٦).

ونقل ابن هانئ بيينة. ونقله عبد الله. ونقله عبد الله.
ونقل عبد الله أيضاً: يقبل مع المدعى.
تنبيه: قوله ﴿وَتَصِحُّ وَصِيَّةُ الْكَافِرِ إِلَى مُسْلِمٍ﴾.
بلا نزاع. لكن بشرط أن لا يكون في تركته خمر ولا خنزير.
قوله: ﴿وَأَيُّ مَنْ كَانَ عَدْلًا فِي دِينِهِ﴾.
يعنى أن وصية الكافر إلى كافر تصح إذا كان عدلاً في دينه. وهو المذهب.
جزم به في الوجيز، وتذكرة ابن عبدوس، ومنتخب الأزجى.
وقدمه ابن منجا في شرحه، وابن رزين في شرحه.
قال الحارثي: الأظهر الصحة. واختاره القاضي.
قال المجد: وجدته بخطه. وقيل: لا تصح.
قال في المستوعب: ولا تصح الوصية إلى كافر.
قال في المذهب: ولا تصح إلا إلى مسلم.
وكذا هو ظاهر كلامه في الهداية.
وأطلقهما في الفصول، والكافي^(١)، والمغنى^(٢)، والبلغة، والمحرم^(٣)، والنظم،
والشرح، والرايعتين، والحاوي الصغير، والفروع، والفائق، والزرکشی.
وظاهر كلام المجد وجماعة: أنه لو كان غير عدل في دينه: أن فيه الخلاف الذي في
المسلم.
قوله: ﴿وَإِذَا قَالَ: صَعْتُ لثَلَاثِي حَيْثُ شِئْتُ، أَوْ أَعْطَيْهِ مَنْ شِئْتُ: لَمْ يَجْزُ لَهُ أَخْذُهُ،
وَلَا دَفْعُهُ إِلَى وَلَدِهِ﴾.
هذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. ونص عليه.

(١) ذكر الإطلاق في الكافي فقال: (وفي وصية الكافر إلى الكافر وجهان: أحدهما: يجوز، لأنه يجوز أن يكون ولياً له فجاز أن يكون وصياً له كالمسلم. الثاني - لا يجوز لأنه أسوأ حالاً من الفاسق) الكافي (٢٩١/٢).

(٢) ذكر الإطلاق في المغنى فقال: (فيه وجهان - أحدهما تصح الوصية إليه لأنه يلي بالنسب فيلحق بالوصية كالمسلم. الثاني - لا يصح لأنه فاسق فلم تصح الوصية إليه كفاستق المسلمين) المغنى (٥٧٠/٦).

(٣) ذكر الإطلاق في المحرم فقال: (إلا أن يكون كافراً ففيه وجهان) المحرم (٣٩٢/١).

٢٨٤ كتاب الوصايا

وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والنظم، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق.

وقال: اختاره الأكثرون فى الولد.

ويحتمل جواز ذلك لتناول اللفظ له.

ويحتمل جواز ذلك مع القرينة فقط

واختار المصنف والمجد جواز دفعه إلى ولده.

قال الحارثي: وهو المذهب.

والصحيح من المذهب: أنه لا يجوز.

قال فى المحرر^(٣): ومنعه أصحابنا.

تنبيه: مفهوم قوله «لم يجوز له أخذه، ولا دفعه إلى ولده» جواز أخذ والده وأقاربه الوارثين، سواء كانوا أغنياء أو فقراء. وهذا اختيار المصنف، والمجد.

قال الحارثي. وهو المذهب.

والصحيح من المذهب: أنه لا يجوز دفعه إليهم. نص عليه، كولده. وقدمه فى الفروع.

واختار جماعة من الأصحاب: أنه لا يجوز دفعه إلى ابنه فقط.

وذكر جماعة من الأصحاب: أنه يعطى الولد ولا الوالد. منهم صاحب النظم.

وذكر ابن رزين فى منع من يمونه وجهها.

فائدة: قال فى الفائق: وليس له دفعه إلى ورثة الموصى. ذكره المجد فى شرح الهداية.

ونص عليه فى رواية أبى الصقر، وأبى داود. وقاله الحارثي.

قوله: ﴿وَإِنْ دَعَتْ الْحَاجَّةُ إِلَى يَبْعَ بَعْضِ الْعَقَارِ لِقَضَاءِ ذَيْنِ الْمَيْتِ أَوْ حَاجَةٍ

(١) ذكره فى المغنى مقدماً فقال (نص عليه أحمد فقال إذا كان فى يده مال للمساكين وأبواب البر وهو

يحتاج إليه فلا يأكل منه شيئاً) المغنى (٥٧٧/٦).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٥٩٦/٦).

(٣) ذكره فى المحرر بنصه وتماه (٢٩٧/٦).

الصَّغَارِ - وَفِي بَيْعِ بَعْضِهِ نَقْصٌ - فَلَهُ الْبَيْعُ عَلَى الْكِبَارِ وَالصَّغَارِ ﴿١﴾.

يعنى: إذا امتنع الكبار من البيع، أو كانوا غائبين.
وهذا المذهب. نص عليه.

وجزم به فى المحرر^(١)، والوجيز، والمنور، ومنتخب الأزجى.
وقدمه فى الرعايتين، والنظم، والحاوى الصغير، والفروع، وشرح الحارثى.
قال فى الفائق: والمنصوص الإجبار على بيع غير قابل للقسمة إذا حصل بيع بعضه
نقص، ولو كان الكل كباراً، وامتنع البعض.
نص عليه فى رواية الميمونى. وذكره فى الشافى.
واختاره شيخنا. لتعليق الحق بنصف القيمة للشريك، لا بقيمة النصف. انتهى
كلام صاحب الفائق.

ويحتمل: أنه ليس له البيع على الكبار. وهو أقيس.
فاختاره المصنف، والشارح^(٢).
قلت: وهو الصواب. لأنه لا يزال الضرر بالضرر.
وقيل: يبيع بقدر حصة الصغار، وقدر الدين والوصية، إن كانت.
وقال فى الرعاية، قلت: إن قلنا التركة لا تنتقل إليهم مع الدين: جاز بيعه للدين
والوصية.

فائدتان

إحداهما: لو كان الكل كباراً، وعلى الميت دين، أو وصية: باعه الموصى إليه إذا
أبوا بيعه. وكذا لو امتنع البعض. نص عليه فى رواية الميمونى.
وتقدم ذلك فى كلام صاحب الفائق.
الثانية: لو مات شخص بمكان لا حاكم فيه، ولا وصى: جاز لمسلم ممن حضره:
أن يجوز تركته، ويعمل الأصلح فيها من بيع وغيره.
على الصحيح من المذهب^(٣)، وعليه الأكثر.

(١) قطع به فى المحرر فقال (وإذا حثيج إلى بيع شيء من العقار لقضاء دين أو نفقة للصغار وفى بيع بعضه

ضرر فللموصى بيع الكل على الصغار والكبار إذا امتنعوا أو غابوا) المحرر (٣٩٣/١).

(٢) ذكره صاحب الشرح (٥٩٧/٦).

(٣) ذكره المصنف فى المغنى (٥٧٧/٦). والمحرر (٣٩٣/١).

٢٨٦ كتاب الوصايا

وقيل: لا يبيع الإمام. ذكره في الفروع.

وقال في الرعاية، وقيل: يبيع ما يخاف فساد، والحيوان. ولا يبيع رقيقه إلا حاكم. وعنه: يلى بيع جواريه حاكم، إن تعذر نقلها إلى ورثته، أو مكاتبهم ليحضرُوا ويأخذوها. انتهى.

ويكفنه من الزكاة إن كانت. ولم تتعذر، وإلا كفنه من عنده. ورجع على الزكاة إن كانت. وإلا على من تلزمه نفقته إن نوى الرجوع، ولم يوجد حاكم.

فإن تعذر إذنه، أو أبى الإذن: رجع، على الصحيح من المذهب.

وقيل: فيه وجهان، كماكانه ولم يستأذنه، ولم ينو، مع إذنه.

* * *

كتاب الفرائض

فائدة: «الفرائض» جمع فريضة. وهى فى الأصل اسم مصدر، والاسم «الفريضة» وتسمى قسمة الموارث: ففرائض.

قال المصنف هنا «وهى قسمة الموارث».

وقال فى الكافى^(١)، والزركشى: هى العلم بقسمة الموارث.

يحتمل أن يكون فى كلام المصنف هنا حذف، ليوافق ما فى الكافى.

وقال فى الرعاية الكبرى: هى معرفة الورثة وسهامهم، وقسمة التركة بينهم.

وقال فى الصغرى: هى قسمة الإرث.

وقلت: معرفة الورثة وحقوقهم من التركة.

قوله: ﴿وَأَسْبَابُ التَّوَارُثِ ثَلَاثَةٌ: رَحْمٌ، وَنِكَاحٌ، وَوَلَاءٌ﴾.

ف «الرحم» القرابة. و «النكاح» عقده. وإن عرى عن الوطء.

«والولاء» نعمة السيد على رقيقه بعتقه، فيصير بذلك وارثاً موروثاً.

قال فى الرعاية: وأسباب الإرث: نسب خاص، ونكاح خاص، وولاء عتق خاص، ونحوه. انتهى.

والصحيح من المذهب: أن أسباب التوارث: ثلاثة لا غير، وأنه لا يرث ولا يورث بغيرهم. نص عليه^(٢). وعليه الأصحاب.

وعنه ﴿أَنَّهُ يَثْبُتُ بِالْمُوَالَاةِ وَالْمَعَاقِدَةِ، وَإِسْلَامِهِ عَلَى يَدِهِ، وَكَوْنِهِمَا مِنْ أَهْلِ الدِّيَّوَانِ. وَلَا عَمَلٌ عَلَيْهِ﴾.

زاد الشيخ تقى الدين رحمه الله فى الرواية: والتقاط الطفل.

واختار «أن هؤلاء كلهم يرثون عند عدم الرحم والنكاح والولاء.

واختاره فى الفائق أيضاً.

(١) ذكره فى أول كتاب الفرائض فقال (هو علم الموارث وقد أقر النبى ﷺ - بتعلمها وحث عليها على الخصوص فروى أبو هريرة. أن النبى ﷺ قال «تعلموا الفرائض وعلموه الناس فإنه نصف العلم وهو ينسى وهو أول شىء ينزع من أمتى» رواه ابن ماجه. الكافى (٢/٢٩٤).

(٢) ذكره المصنف فى الكافى فقال (وأسباب التوارث ثلاثة رحم - ونكاح - وولاء - لأن الشرع ورد بالتوارث بها) الكافى (٢/٢٩٤) الشرح (٣/٧). المحرر (١/٣٩٤). العمدة (٦/٣٠٦). ولم يذكره مجمعا فى المغنى).

٢٨٨ كتاب الفرائض

وقيل: يرت عبد سيده عند عدم الوارث.

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله.

وقال فى السياسة الشرعية: وورث بعض أصحابنا المولى من أسفل من معتقه.

ونقل ابن الحكم: أن الإمام أحمد رحمه الله، سئل عن ذلك؟ فقال: لا أدري.

ويأتى فى أول «باب المعتق بعضه» رواية بإرث العبد من قريبه، عند عدم الوارث.

وقول بإرث المكاتب من عتيقه فى صورة.

فائدة: «المالاة» هى المؤاخاة. و«المعاقدة» هى المخالفة.

قوله: ﴿وَالْوَارِثُ ثَلَاثَةٌ: ذُوْ وَفَرْضٍ وَعَصَبَاتٍ﴾ بلا نزاع ﴿وَذَوُو رَحِمٍ﴾.

على الصحيح من المذهب. نص عليه. وعليه الأصحاب.

وعنه: لا يرث ذو الأرحام. ويأتى ذلك فى بابه.

* * *

باب ميراث ذوى الفروض

فائدتان

إحدهما: قوله - فى عددهم - : ﴿وَالْأَخُ مِنَ الْأُمِّ﴾.

قال فى الوجيز، والفروع: وقد يُعَصَّبُ أخته من غير أبيه بموت أمه عنهما.

قلت: فى هذا نظر ظاهر. فإن الأم إذا ماتت عنهما: لا يرثان منها، إلا بكونهما أولاداً، لا بكون أحدهما أخ الآخر لأمه.

غايته أنهما: أخ وأخت؟ كل واحد منهما من أب، والإرث من الأم، وهى واحدة. والتعصيب: إنما حصل لكونهم أولاداً، لا لكونهم إخوة لأم.

فعلى ما قالوا: يعاين بها.

الثانية: قوله: ﴿وَالزَّوْجُ الرَّبْعُ إِذَا كَانَ لَهَا وَلَدٌ، أَوْ وَلَدُ ابْنٍ. وَالنِّصْفُ مَعَ عَدَمِهِمَا. وَلِلْمَرْأَةِ الثَّمْنُ إِذَا كَانَ لَهَا وَلَدٌ، أَوْ وَلَدُ ابْنٍ. وَالرَّبْعُ مَعَ عَدَمِهِمَا﴾.

وهذا بلا نزاع. ولكن يشترط أن يكون النكاح صحيحاً.

كتاب الفرائض ٢٨٩

فلو كان فاسداً: فلا توارث بينهما، على الصحيح من المذهب^(١). نص عليه فى رواية المروذى، وجعفر بن محمد. وتوقف فى رواية ابن منصور.

وأما إذا كان باطلا: فلا توارث. بلا نزاع.

قوله: ﴿وَلِلْجَدِّ حَالٌ رَّابِعٌ. وَهُوَ مَعَ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ: فَإِنَّهُ يُقَاسِمُهُمْ كَأَخٍ﴾.

هذا مبنى على الصحيح من المذهب، من أن الجد لا يسقط الإخوة. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. وعليه التفرع.

وعنه: يسقط الجد الإخوة. اختاره ابن بطة.

قاله فى القاعدة الثانية والخمسين بعد المائة، وأبو حفص البرمكى، والآجرى، وذكره ابن الجوزى عن أبى حفص العكرى أيضاً، والشيخ تقي الدين، وصاحب الفائق.

قال فى الفروع: وهو أظهر.

قلت: وهو الصواب.

وحديث: «أفرضكم زيد» ضعفه الشيخ تقي الدين رحمه الله.

قال ابن الجوزى: الآجرى من أعيان أعيان أصحابنا.

قوله: ﴿فَإِنْ لَمْ يَفْضَلْ عَنِ الْفَرَضِ إِلَّا السُّدُسُ: فَهُوَ لَهُ. وَسَقَطَ مَنْ مَعَهُ مِنْهُمْ، إِلَّا فِي الْأَكْدَرِيَّةِ﴾.

تستحق الأخت فى الأكدرية: جزءاً من التركة، وقدره أربعة أسهم من سبعة وعشرين. على الصحيح من المذهب^(٢). وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

وقيل: لا تراث الأخت مع الجد فيها. فتسقط، كما لو كان مكانها أخ.

فائدة: سميت «أكدرية» لتكديرها أصول زيد رضى الله عنه - فى الجد، فى الأشهر عنه.

(١) ذكره المصنف فى المغنى (١٨/٧)، المحرر (٣٩٤/١) العمدة (٣٠٦). الكافى (٢٩٥/٢).

(٢) قطع به المصنف فى المغنى قال (لنا أن الجد لا ينقص عن السدس مع البنين وهم وأقوى ميراثاً من الأخوة فإنهم يسقطونهم فلائنه لا ينقص عنه مع الأخوة أولى ولأن النبى ﷺ أطعم الجد السدس فلا ينبغي أن ينقص منه) المغنى (٧٠/٦). الشرح (١٣/٦). العمدة (٣٠٧). الكافى (٢٩٧/٢). المحرر (٣٩٤/١).

٢٩٠ كتاب الفرائض

وقيل: إن عبد الملك بن مروان: سأل عنها رجلاً اسمه «الأكدر» فنسبت إليه.

وقيل: سميت أكدرية باسم السائل عنها.

وقيل: لأن الميتة كان اسمها أكدر.

وقيل: لأن زيذاً - رضى الله عنه - كدر على الأخت ميراثها.

وقيل: لتكرر أقوال الصحابة - رضى الله عنهم - فيها، وكثرة اختلافهم.

فائدة: قوله: ﴿وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا زَوْجٌ سُمِّيَتْ الْخَرْقَاءُ، لِكَثْرَةِ اخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ فِيهَا﴾.

فكان أقوالهم: خرقتها.

وجملة الأقول فيها: سبعة. ولهذا تسمى المسبعة، وترجع إلى ستة. ولهذا تسمى المسدسة.

واختلف فيها خمسة من الصحابة: عثمان، وعلى، وابن مسعود، وزيد، وابن عباس، رضى الله عنهم، على خمسة أقوال. ولهذا تسمى الخمسة.

وتسمى المربعة. لأن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه جعل للأخت النصف. والباقي بين الجد والأم نصفان. وتصح من أربعة.

وتسمى المثلثة، والعثمانية أيضاً. لأن عثمان رضى عنه قسمها على ثلاثة.

وتسمى أيضاً: الشعبية، والحجاجية. لأن الحجاج سأل عنها الشعبي امتحاناً. فأصاب. فعفا عنه.

فائدة: لو عدم الجد من الأكدرية: سميت «المباهلة» لأن ابن عباس رضى الله عنه لما سئل عنها لم يعلمها. وقال «من شاء باهله» فسميت «المباهلة» لذلك.

وتأتى قصتها فى أول باب أصول المسائل.

فائدة: قوله: ﴿فَإِنْ كَانَ جَدٌّ وَأُخْتُ مِنْ أَبَوَيْنِ، وَأُخْتُ مِنْ أَبٍ. فَالْمَالُ بَيْنَهُمْ عَلَى أَرْبَعَةٍ. لِلْجَدِّ سَهْمَانِ. وَلِكُلِّ أُخْتٍ سَهْمٌ. ثُمَّ رَجَعَتِ الْأُخْتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ، فَأَخَذَتْ مَا فِي يَدِ أُخْتِهَا كُلَّهُ﴾.

فيعابى بها.

فيقال: امرأة حبلى جاءت إلى قوم. فقالت للورثة: لا تعجلوا، إن ألد أنثى: لم

كتاب الفرائض ٢٩١

ترث. وإن ألد اثنين أو ذكرًا: ورث العشر فقط. وإن ألد ذكرين: ورثا السدس. فهي أم الأخت من الأب، في هذه المسألة.

قوله: ﴿وَلِلأُمِّ أَرْبَعَةَ أَحْوَالٍ: حَالٌ لَهَا السُّدُسُ. وَهُوَ مَعَ وَجُودِ الْوَلَدِ، أَوْ وَلَدِ الْإِنِّ، أَوْ اثْنَيْنِ مِنَ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ﴾.

أما مع وجود الولد، أو ولد الابن: فإن لها السدس، بالنص والإجماع. وأما مع وجود الاثنين من الإخوة والأخوات: فلها السدس أيضاً. على الصحيح من المذهب^(١). وعليه الأصحاب. وسواء كانوا محجوبين، أو لا.

واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله: أن الإخوة لا يحجبون الأم من الثلث إلى السدس، إلا إذا كانوا وارثين معها. فإن كانوا محجوبين بالأب: ورثت السدس. فلها - في مثل أبوين وأخوين - الثلث عنده. والأصحاب على خلافه.

قوله: ﴿وَحَالٌ لَهَا ثُلُثٌ مَا بَقِيَ، وَهِيَ مَعَ زَوْجٍ وَأَبَوَيْنِ وَامْرَأَةٍ، وَأَبَوَيْنِ﴾.

هذا المذهب بلا ريب. وعليه الأصحاب.

وقد روى عن الإمام أحمد - رحمه الله - أنه قال: ظاهر القرآن لها الثلث. وهو مذهب ابن عباس رضى الله عنهما.

قال المصنف في المغنى^(٢): والحجة معه، لولا إجماع الصحابة. انتهى.

وهاتان المسألتان تسميان «العمريتين».

تنبيه: ظاهر قوله: ﴿وَحَالٌ رَابِعٌ: وَهِيَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَوَلَدِهَا أَبٌ لِكُونِهِ وَلَدٌ زَيْ، أَوْ مَنْفِيًّا بِلَعَانٍ. فَإِنَّهُ مُنْقَطِعٌ تَعْصِيهِ مِنْ جِهَةٍ مَنْ نَفَاهُ﴾.

أنه لا ينقطع تعصيه من غير جهة من نفاه.

مثل: أن تلد توأمين. فيرث أحدهما من الآخر بالأخوة من الأب. وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله.

والصحيح من المذهب: أنه لا يرث بالأخوة من الأب. قدمه في الفروع.

وقيل: يرث بالأخوة من الأب في ولد الملائنة دون غيره.

(١) ذكره المصنف في المغنى. (الحال الثاني: لها السدس إذا كان للميت ولد أو ولد ابن أو اثنان من الأخوة والأخوات). المغنى (١٦/٧). المحرر (٣٩٤/١). الشرح (٢٣/٧). الكافي (٢٩٦/٢). العمدة (٣٠٩).

(٢) ذكره المصنف في المغنى (٢٢/٧).

٢٩٢ كتاب الفرائض

قوله: ﴿وَعَصَبَتُهُ عَصَبَةُ أُمِّهِ﴾.

مراده: إذا لم يكن له ابن ولا ابن ابن. إذا لم يكن ابن ولا ابن ابن. فالصحيح من المذهب: ما قدمه المصنف هنا.

واختاره الخرقى، والقاضى وغيرهما.

وجزم به فى الرجيز، وغيره.

وقدمه فى المحرر^(١)، والفروع، والفائق. وهو من المفردات.

وعنه: أنها هى عَصَبَتُهُ.

اختاره أبو بكر، والشيخ تقي الدين، وصاحب الفائق.

وقدمه فى الرايتين، والحاوى الصغير.

وأطلقهما فى المغنى^(٢)، والشرح^(٣)، وشرح ابن منجا.

فعلى المذهب: يرث أخوه لأمه مع ابنته، لا أخته لأمه. فيعابى بها.

وعلى الثانية: إن لم تكن الأم موجودة. فعصبتها عصبته. على الصحيح.

وعنه: يرد على ذوى الفروض. فإن عدموا: فعصبتها عصبته.

والتفريع الآتى بعد ذلك على هذه الروايات. وقد علمت المذهب منهن.

قوله: ﴿وَإِذَا مَاتَ ابْنُ الْمَلْعَنِ، وَخَلَفَ أُمُّهُ وَجَدَّتُهُ: لِأُمِّهِ الثُّلُثُ وَبَاقِيهِ لِلْجَدَّةِ﴾.

على الرواية الثانية. وهذه جدة ورثت مع أم أكثر منها. فيعابى بها.

وعلى الأولى، والثالثة: للأم جميع المال.

قوله - فى الجدات - : ﴿فَإِنْ كَانَ بَعْضُهُنَّ أَقْرَبَ مِنْ بَعْضٍ: فَالْمِيرَاثُ لِأَقْرَبِهِنَّ﴾.

وهو المذهب. اختاره الخرقى، والمصنف^(٤)، والشارح وغيرهم.

(١) ذكره فى المحرر مقدماً فقال (ومن انقطع نسبه من الأب لكونه منفياً بلعان أو ولد زناً فعصبتها بعد

ذكور ولده: عصبه أمه اختارها الخرقى) المحرر (١/٣٩٨).

(٢) ذكر الرايتين فى المغنى كما فى الشرح. المغنى (٧/١٢٢).

(٣) ذكر الرايتين فى الشرح فقال (روى عن أحمد فيه روايتان (إحداهما) أن عصبته عصبه أمه - الثانية

أن الأم عصبته، فإن لم تكن فعصبتها عصبته). الشرح (٧/٢٨).

(٤) قطع به المصنف فى المغنى فقال (أما إذا كانت إحدى الجدتين أم الأخرى فأجمع أهل العلم على أن

الميراث للقربى وتسقط البعدى بها وإن كان من جهتين والقربى من جهة الأم فالميراث لها) المغنى

(٧/١٢٢).

كتاب الفرائض ٢٩٣

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته، وغيره.

وقدمه فى الخلاصة، والمحرم^(١)، والرعايتين، والفروع، والحاوى الصغير، وغيرهم. وعنه: أن القربى من جهة الأب لا تحجب البُعْدَى من جهة الأم، فتشاركها. وهذا هو المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله.

قاله فى الهداية غيره.

وجزم به القاضى فى جامع.

ولم يعز - فى كتاب الروايتين - الرواية الأولى إلا إلى الخرقى.

وصححه ابن عقيل فى تذكرته.

قال فى إدراك الغاية: تشاركها فى الأشهر.

وأطلقهما فى المنهب، ومسبوك الذهب، والمغنى^(٢)، والشرح^(٣)، وشرح ابن منجا.

فعلى الرواية الثانية: لا يتصور أن جدة ترث معها أمها.

مثل: أن يكون للميت جدة، هى أم أبيه. وتكون أمها أم الميت.

وذلك: بأن يتزوج أبو الميت بابنه خالته، وجدة التى هى أم خالته موجودة. وكذلك ابنتها التى هى أمه. ثم تخلف ولدًا، فيموت الولد. فيخلف أم أبيه وأمها، التى هى أم أمه.

فيشتركان فى الميراث على هذه الرواية. فيعابى بها.

قلت: ويحتمل عدم إرثها على كلا الروايتين.

وهو ظاهر كلام الأصحاب فى الحجب. لأنهم أسقطوا الأعلى فالأعلى من الجدات بينهما.

قوله: ﴿فَإِذَا أُمُّ أَبِي الْأُمِّ وَأُمُّ أَبِي الْجَدِّ: فَلَا مِيرَاثَ لَهُمَا﴾.

أما أم أبي الأم: فهى من ذوى الأرحام، على ما يأتى.

(١) ذكره فى المحرم مقدماً. المحرم (٣٩٥/١).

(٢) ذكر فيها صاحب المغنى روايتين فقال: فعن أحمد روايتان (إحداهما) - أنها تحجبها ويكون الميراث للقربى الثانية - هو بينهما) - المغنى (٥٦/٦).

(٣) ذكر الروايتين فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٤٠/٦).

٢٩٤ كتاب الفرائض

وأما أم أبي الجدد: فالصحيح من المذهب: أنها من ذوى الأرحام. فلا ترث بنفسها فرضاً. وعليه جماهير الأصحاب.

وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى الفروع، وغيره.

وقيل: ترث وليست من ذوى الأرحام. ومثلها: أم جد الجد، ولو علت أبوه.

واختاره الشيخ تقي الدين - رحمه الله - وصاحب الفائق.

وهو ظاهر كلام الخرقي. فإنه قال: وكذلك إن كثرت.

ويأتى ذلك أيضاً فى أول «باب ذوى الأرحام» فى عددهم.

قوله: «وَتَرِثُ الْجَدَّةُ وَابْنُهَا حَتَّى».

يعنى: سواء كان أباً أو جدّاً، كما لو كان عمّاً اتفاقاً. وهو المذهب. وعليه الأصحاب. وهو من مفردات المذهب.

وعنه: لا ترث.

فعليها: لأم الأم مع الأب وأمه: السدس كاملاً. على الصحيح.

قدمه فى الفروع، والرعايتين، والحاوى الصغير.

قال فى القواعد: وهو الصحيح. لزوال المزاومة، مع قيام الاستحقاق لجمعية.

وقيل: لها نصف السدس معاداة بأم الأب التى لا ترث على هذه الرواية. وذكر مأخذه فى القواعد.

وكذلك الوجهان إذا كان معها أم أم الأب، إلا أن تسقط البعدى بالقربى. على القول بالمعاداة. قاله فى المحرر^(١)، وغيره.

قوله: «وَإِنْ اجْتَمَعَتْ جَدَّةٌ ذَاتُ قَرَابَتَيْنِ مَعَ أَخَوَيْنِ. فَلَهَا ثُلُثُ السُّدُسِ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ».

وهو المذهب. اختاره التميمي، والمصنف^(٢).

وجزم به فى الوجيز، وغيره.

(١) ذكره فى المحرر بنصه قال (وكذلك الوجهان لو كان معهما أم أم أم إلا أن تسقط البعدى بالقربى فلا يكون لها شيء وعلى القول بالمعاداة وتورث الجدة ذات القرابتين بها) المحرر (١/٣٩٥).

(٢) ذكره المصنف فى الكافى فى قياس قول أحمد الكافى (٢/٢٩٨).

كتاب الفرائض ٢٩٥

وقدمه في الحرر^(١)، والفروع، والفائق، والرعيتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.

وهو من مفردات المذهب. وجزم به ناظمها.

وعنه: يرث بأقواهما. فلو تزوج بنت عمته، فجذته: أم أم ولد، وأم أبي أبيه.

ولو تزوج بنت خالته. فجذته: أم أم أم، وأم أم أب.

فائدة: لو أدلت جدة بثلاث جهات ترث بها: لم يمكن أن يجتمع معها جدة أخرى وارثة. على الصحيح من المذهب.

وعلى الرواية الأخرى: ترث معها ربع السلس، أو نصفه. على اختلاف الروايتين.

وتقدم ففى باب اللقيط: أنه لو ألحق بأبوين: أن لأمى أبويه اللذين ألحق بهما مع أم نصف السلس، ولأم الأم نصفه. فيعابى بها.

فائدة: قوله: ﴿فَإِنْ كَانَتْ بِنْتُ وَبَنَاتُ ابْنٍ. فَلَبِنْتُ النِّصْفِ وَلِبَنَاتُ ابْنٍ - وَاحِدَةً كَانَتْ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ - السُّدُسُ تَكْمِلَةَ الثُّلَاثِينَ. فَيُمْكِنُ عَوْلُهَا بِهَذَا السُّدُسِ كُلِّهِ. فَلَوْ عَصَبَهَا أَخُوهَا - وَالْحَالَةَ هَذِهِ - فَهُوَ الْأَخُ الْمَشْتَرِكُ. لِأَنَّهُ ضَرَّهَا وَمَا انْتَفَعُ﴾.

ذكره فى عيون المسائل، والمنتخب، وغيرهما.

وكذا الأخت لأب فأكثر مع الإخوة للأبوين.

فأما الأخت من الأب، وهى القائلة - إذا كانت حاملا مع زوج وأخت لأبوين - : إن ألد ذكرًا فأكثر، أو ذكرًا وأثنى: لم يرثا. وإن ألد أثنى: ورثت. فيعابى بها.

وكذا الحكم فى بنات ابن الابن مع بنت الابن.

تنبيه: ظاهر قوله - فى الحجب - : ﴿وَيَسْقُطُ وَلَدُ الْأَبَوَيْنِ بِثَلَاثَةٍ. بِالْإِبْنِ وَابْنِهِ، وَالْأَبِ. وَيَسْقُطُ وَلَدُ الْأَبِ بِهَؤُلَاءِ الثَّلَاثَةِ، وَبِالْأَخِ لِلْأَبَوَيْنِ. لِأَنَّ الْجَدَّ لَا يُسْقِطُهُمْ﴾.

(١) ذكره فى الحرر مقدماً. الحرر (٣٩٥/١).

٢٩٦ كتاب الفرائض

وهو المذهب^(١). وعليه جماهير الأصحاب. كما تقدم عند قوله ﴿وَاللَّجَدُ هَذِهِ الْأَحْوَالُ. وَحَالٌ رَابِعٌ، وَهِيَ مَعَ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ﴾.

* * *

باب العصبات

تنبيه: ظاهر قوله: ﴿ثُمَّ الْجَدُّ، وَإِنْ عَلَا. ثُمَّ الْأَخُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ﴾. أَنَّ الْجَدَّ أَوَّلَى مِنَ الْإِخْوَةِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ، أَوْ الْأَب. وهو صحيح في الجملة. أما حمله على إطلاقه: فضعيف. فقد تقدم: أن الصحيح من المذهب: أن الإخوة يقاسمونه. وأما أنه أولى في الجملة: فصحيح بلا نزاع في المذهب. ألا ترى أنه إذا لم يفضل من الميراث إلا السلس: ورثه، وأسقطهم؟ وكذا إذا لم يبق من المال شيء: أعيل بسهمه. وتسقط الإخوة.

فوائد

بعد ذكر ترتيب العصبات: لا يرث بنو أب أعلى مع بنى أب أقرب منه هذا صحيح بلا نزاع. نص عليه.

فعلى هذا: لو نكح امرأة، وتزوج أبوه ابنتها. فابن الأب عم. وابن الابن خال. فيرثه خاله دون عمه. فيعائى بها.

ولو خلف الأب فيها أخوا وابن ابنه - وهو أخو زوجته - ورثه، دون أخيه. فيعائى بها.

ويقال أيضاً: ورثت زوجة ثمنا وأخوها الباقي. فيعائى بها.

فلو كان الإخوة سبعة: ورثوه سواء. فيعائى بها.

ولو كان الأب تزوج الأم، وتزوج ابنه بنتها، فابن الأب منها عم ولد الابن وخاله. فيعائى بها.

ولو تزوج زيد أم عمرو، وتزوج عمرو بنت زيد، فابن زيد عم ابن عمرو وخاله. فيعائى بها.

(١) ذكره في المحرر قال (ولا يرث ولد الابن مع الابن بحال ولا ولد الأبوين أو الأب مع ثلاثة: الأب والابن وابنه وإن نزل) المحرر (٣٩٦/١). والكاظمي (٣٠١/٢) للشرح (٥٤/٦). العمدة (٣١٦).

كتاب الفرائض ٢٩٧

ولو تزوج كل واحد منهما أخت الآخر، فولد كل واحد منهما: ابن خال ولد الآخر. فيعائى بها.

ولو تزوج كل واحد منهما بنت الآخر. فولد كل واحد منهما خال ولد الآخر. فيعائى بها.

ولو تزوج كل واحد منهما أم الآخر، فهما القائلتان: مرحبا بابنينا، وزوجينا وابنى زوجينا. وولد كل واحد عم الآخر. فيعائى بها.

فائدة: قوله: ﴿وَإِذَا انْقَرَضَ الْعَصَبَةُ مِنَ النَّسَبِ: وَرِثَ الْمَوْلَى الْمَعْتَقُ ثُمَّ عَصَبَاتُهُ مِنْ بَعْدِهِ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب.

وعنه: يقدم الرد وذوو الأرحام على الإرث بالولاء.

فائدة: قوله «وإذا انقرض العصبة ورث المولى المعتق ثم عصبته. من بعده» يعنى الأقرب فالأقرب. كعصبات النسب.

فيقدم الأخ من الأبوين على الأخ من الأب. على الصحيح من المذهب^(١). وعليه الأصحاب قاطبة.

وخرج ابن الزاغوني ففى كتابه «التلخيص» فى الفرائض من مسألة النكاح: رواية أخرى باشتراك الأخ من الأب مع الأخ من الأبوين فى الإرث والولاء.

فائدة: قوله: ﴿وَمَتَى كَانَ بَعْضُ بَنَى الْأَعْمَامِ زَوْجًا، أَوْ أَخًا مِنْ أُمٍّ: أَخَذَ قَرْضَهُ. وَشَارَكَ الْبَاقِينَ فِي تَعَصُّبِهِمْ﴾.

فلو تزوج ابنة عمه، فأولدها بنتا: ورثت البنت النصف، وأبوها النصف بالفرض والتعصيب. فيعائى بها.

ولو أولدها بنتين: ورثوها أثلاثًا. فيعائى بها.

ولو كانوا ثلاث إخوة لأبوين، أحدهم تزوج ابنة عمه. فإذا ماتت: ورث الزوج ثلثى التركة، والأخوين الآخرين: الثلث. فيعائى بها.

(١) ذكره صاحب الشرح فقال (لقوله ﷺ) «إنما الولاء لمن أعتق» - الشرح (٥٨/٧). وذكره فى المحرر فقال (وإذا لم يبق عصبة من النسب ورث المعتق ثم عصبته من النسب ثم من الولاء ثم أهل الرد ثم ذوو الأرحام) المحرر (٢٩٧/١). العمدة (٣٤٤).

٢٩٨ كتاب الفرائض

ولو تزوجت رجلاً، فولدت ولداً. ثم تزوجت بأخيه لأبيه، وله أولاد ذكور. ثم ولدت منه مثلهم. ثم تزوجت آخر، فولدت له خمس بنين أيضاً، ثم ماتت، ثم مات ولدها الأول: ورث منه خمسة إخوة نصفاً، وخمسة ثلثاً، وخمسة سدساً فيعالي بها.

قوله: ﴿فَإِذَا اسْتَعْرَقَتِ الْفُرُوضُ الْمَالَ، فَلَا شَيْءَ لِلْعَصَبَةِ، كَزَوْجِ وَأُمٍّ، وَإِخْوَةٍ لَأُمٍّ، وَإِخْوَةٍ لِأَبَوَيْنِ، أَوْ لِأَبٍ: لِلزَّوْجِ النِّصْفُ، وَلِلْأُمِّ السُّدُسُ. وَلِلْإِخْوَةِ مِنَ الْأُمِّ الثُّلُثُ. وَسَقَطَ سَائِرُهُمْ﴾.

وهو المذهب^(١). وعليه الأصحاب.

ونقل حرب: أن الإخوة من الأبوين: يشاركون الإخوة من الأم في الثلث.

وهو قول في الرعاية. وتسمى «المشركة» و «الحمارية» إذا كان فيها إخوة لأبوين.

فائدة: قوله: ﴿وَلَوْ كَانَ مَكَانَهُمْ أَخَوَاتٌ لِأَبَوَيْنِ، أَوْ لِأَبٍ: عَالَتْ إِلَى عَشْرَةٍ﴾ بلا نزاع ﴿وَسُمِّيَتْ ذَاتُ الْفُرُوحِ﴾.

وتسمى أيضاً «الشريحية» لحدوثها في زمن شريح القاضي. لأن الزوج سأله فأعطاه النصف. فلما أعلمه بالحال أعطاه ثلاثة من عشرة. فخرج، وهو يقول: ما أعطيت النصف، ولا الثلث.

وكان شريح يقول: إذا رأيتني رأيت حكماً جائراً. وإذا رأيتك ذكرت رجلاً فاجراً لأنك تكتم القضية، وتشيع الفاحشة.

* * *

باب أصول المسائل

فائدة: قوله: ﴿فَإِذَا اجْتَمَعَ مَعَ النِّصْفِ سُدُسٌ، أَوْ ثُلُثٌ، أَوْ ثُلُثَانٍ فَهِيَ مِنْ سِتَّةٍ﴾.

فزوج وأم وأخوان من أم: من ستة.

وتسمى «مسألة الإلزام» لأن ابن عباس رضى الله عنهما لا يعيل المسائل، ولا

(١) ذكره في الشرح فقال (كزوج وأم وإخوة لأم وإخوة لأبوين أو لأب فللزوج النصف وللأم السدس وللأخوة للأم الثلث وسقط سائرهم وإلى هذا أوجب أحمد رحمه الله فأسقط الأخوة من الأبوين لأنهم عصبه وقد تم المال بالفروض). الشرح (٦٤/٧). المغنى (٦/٧). الكافي (٢/٢٩٥). المحرر (٣٩٧/١).

كتاب الفرائض ٢٩٩

يحب الأم من الثلث إلى السلس إلا بثلاثة إخوة. فإنه أعطى الأم الثلث هنا، والباقي - وهو السلس - للأخوين من الأم.

فهو إنما يدخل النقص على من يصير عصبه في حال. وإن أعطى الأم السلس، فهو لا يحجبها إلا بثلاثة. وهو لا يرى العول.

قوله: ﴿وَتَعُولُ إِلَى عَشْرَةٍ﴾.

فتسمى المسألة إذا عالت إلى تسعة «الغراء» لأنها حدثت بعد المباهلة. فاشتهر العول فيها.

ومسألة المباهلة: زوج وأم وأخت لأبوين أو لأب. فشاور عمر رضى الله عنه الصحابة. فأشار عليه العباس رضى الله عنه بالعول. واتفقت الصحابة رضى الله عنهم على القول به، إلا ابن عباس رضى الله عنهما، ولكنه لم يظهر ذلك في حياة عمر. فلما مات عمر رضى الله عنه دعا ابن عباس إلى المباهلة. وقال «من شاء باهله»: أن الذى أحصى رمل عاج عدداً: لم يجعل فى المال نصفاً ونصفاً وثلاثاً. فإذا ذهب النصفان بالمال، فأين الثلث؟».

ثم قال وأيم الله لو قدموا من قدم الله، وأخروا من أخر الله، ما عالت فريضة قط» ف قيل له «لم لا أظهرت هذا فى زمن عمر رضى الله عنه؟ فقال: كان مهيباً فهبته» انتهى.

وتقدم قبلها مسألة «الإلزام» ولا جواب له عنها.

فائدة: قوله: ﴿وَإِذَا اجْتَمَعَ مَعَ الرَّبْعِ أَحَدُ الثَّلَاثَةِ: فَهِيَ مِنَ النِّسَى عَشْرَ. وَتَعُولُ عَلَى الْأَفْرَادِ إِلَى سَبْعَةِ عَشْرٍ﴾.

كثلاث زوجات، وجدتين، وأربع أخوات لأم، وثمان أخوات لأبوين، أو لأب. فهذه تسمى «أم الأرامل» لأن الورثة كلهم نساء.

فإن كانت التركة: سبعة عشر ديناراً: فلكل امرأة دينار. فيعابى بها.

قوله: ﴿وَإِذَا اجْتَمَعَ مَعَ الثَّمَنِ سُدُسٌ، أَوْ ثُلُثَانٍ. فَأَصْلُهَا مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ. وَتَعُولُ إِلَى سَبْعَةِ وَعِشْرِينَ. وَلَا تَعُولُ إِلَى أَكْثَرِ مِنْهَا﴾.

وهذا المذهب^(١). وعليه الأصحاب.

(١) ذكره المصنف فى الكافى فقال (وإذا جمع فى الثمن سلس أو ثلثان فأصلها من أربعة وعشرين). الكافى (٢٠٢/٢). والمحرر (٣٩٩/١). والشرح (٧٤/٧).

٣٠٠ كتاب الفرائض

وفى التبصرة رواية: أنها تعول إلى إحدى وثلاثين.
ولعله عنى الرواية عن ابن مسعود رضى الله عنه. فإنه مذهبه، كما قاله فى
الروضة.

قوله: ﴿وَإِذَا لَمْ تَسْتَوْعِبِ الْفُرُوضُ الْمَالَ، وَلَمْ تَكُنْ عَصَبَةً: رُدُّ الْفَاضِلِ عَلَى
ذَوَى الْفُرُوضِ بِقَدْرِ فُرُوضِهِمْ، إِلَّا الزَّوْجَ وَالزَّوْجَةَ﴾.

وهذا المذهب^(١). ونقله الجماعة. وعليه الأصحاب. وعليه التفريع.

وعنه: يقدم الرد وذوو الأرحام على الولاء.

وتقدمت هذ الرواية فى باب العصبات عند قوله «وإذا انقرضت العصبه من
النسب: ورث المولى المعتق».

وعنه: يقدم ذوو الأرحام على الرد.

وعنه: لا يرث بالرد بحال.

وعنه: لا يرد على ولد أم مع الأم، ولا على جدة مع ذى سهم.

نقله ابن منصور. إلا قوله «إلا مع ذى سهم».

فائدة: إذا لم نقل بالرد: كان الفاضل لبيت المال، وكذلك مال من مات ولا
وارث له.

لكن هل بيت المال وارث، أم لا؟ فيه روايتان.

والصحيح من المذهب والمشهور: أنه ليس بوارث. وإنما يحفظ فيه المال الضائع.
قاله فى القاعدة السابعة والتسعين.

قال الزركشى فى العاقله: لمشهور أنه ليس بعصبه.

وقدمه فى المستوعب، وغيره.

وقاله ابن البناء، وغيره.

قال الحارثى، فى كتاب الوصايا: والأصح أن بيت المال غير وارث، لتقدم ذوى
الأرحام عليه. وانتفاء صرف الفاضل عن ذوى الفروض إليه.

(١) ذكره مى الشرح (وجملة ذلك أن الميت إذا لم يخلف وارثاً إلا ذوى فروض كالبنات والأخوات
والجدات فإن الفاضل عن ذوى الفروض يرد عليهم على قدر فروضهم إلا الزوج والزوجة لأنهم قد
ترجحوا بالقرب إلى الميت فيكونون أولى من بيت المال لأنه لسائر المسلمين) الشرح (٧/٧٥). الكافى
(٣٠٤/٧). المغنى (٤٦/٧) المحرر (٣٩٩/١).

كتاب الفرائض ٣٠١

قال المصنف^(١): ليس بعصبة.

وقال في القاعدة السادسة بعد المائة: ولنا رواية، أنه ينتقل إلى بيت المال إرثاً. ثم قال: فإن أريد أن اشتباه الوارث بغيره يوجب الحكم بالإرث للكل: فهو مخالف لقواعد المذهب.

وإن أريد: أنه إرث في الباطن لمعين، فيحفظ ميراثه في بيت المال، ثم يصرف في المصالح، للجهل بمسحقه عيناً: فهو والأول بمعنى واحد.

قال: وينبنى على ذلك: مسألة اقتصاص الإمام ممن قتل من لا وارث له.

وفي المسألة وجهان. منهم: من بناها، على أن بيت المال: هل هو وارث أم لا؟

ومنهم من قال: لا يبنى على ذلك. ثم لهم طريقان.

أحدهما: أنه لا يقتصر. ولو قلنا: بأنه وارث. لأن في المسلمين: الصبي، والمجنون، والغائب. وهي طريقة أبي الخطاب.

والثاني: يجوز الاقتصاص. وإن قلنا: ليس بوارث. لأن ولاية الإمام ونظره في المصالح: قائم مقام الوارث. وهو مأخذ ابن الزاغوني. انتهى.

قلت: قد تقدم من فوائد الخلاف - في وصية من لا وارث له - إن قيل: إن بيت المال جهة ومصلحة: جازت الوصية بجميع ماله.

وإن قيل: هو وارث، لم تجز إلا بالثلث. قاله القاضي، وتبعه في الفروع.

وتقدم ذلك في أول كتاب الوصايا.

وتقدم في آخر باب الفیء: هل بيت المال ملك للمسلمين، أم لا؟.

* * *

باب تصحيح المسائل

فائدة: قوله: ﴿فَإِنْ تَبَايَعْتَ: ضَرَبْتَ بَعْضَهَا فِي بَعْضٍ. فَمَا بَلَغَ: ضَرْبَتُهُ فِي الْمَسْأَلَةِ وَعَوَّلَهَا﴾.

كأربع نسوة، وثلاث جدات، وخمس أخوات لأم، تسمى «الصماء» وأربع نسوة، وخمس جدات، وسبع بنات، وتسع أخوات لأبوين، أو لأب. تسمى «مسألة

(١) ذكره المصنف في المغني قال (ولأن هؤلاء من ذرى الأرحام وقد ترجحوا بالقرب إلى الميت فيكونون أولى من بيت المال لأنه لسائر المسلمين) المغني (٤٧/٦).

٣٠٢ كتاب الفرائض

الامتحان» لأنها تصح من ثلاثين ألفاً ومائتين وأربعين.
وذلك: أنك إذا ضربت الأعداد بعضها فى بعض: بلغ ألفاً ومائتين وستين.
مضروبة فى أصل المسألة، وهو أربعة وعشرون: تبلغ ما قلنا.
فيقال: أربعة أعداد - وليس منهم من يبلغ عدده عشرة - بلغت مسائلهم إلى ذلك. فيعابى بها.

فائدة: قوله: ﴿وَإِنْ كَانَتْ مُوَافِقَةً، كَأَرْبَعَةٍ، وَسِتَّةٍ، وَعَشْرَةٍ﴾.

هذا يسمى «الموقوف المطلق».

ذلك: أن تقف أى الأعداد شئت. ويصح جزء السهم من ستين.
وبقى نوع آخر، ويسمى «الموقوف المقيد».

مثاله: لو انكسر على اثنى عشر، وثمانية عشر، وعشرين. فهنا تقف الاثنى عشر، لا غير. لأنها توافق الثمانية عشر بالأسداس، والعشرين بالأرباع. بخلاف ما إذا وقفت الثمانية عشر. فإنها لا توافق العشرين إلا بالأنصاف. وإن واقفت العشرين: لم توافقها الثمانية عشر إلا بالأنصاف. فيرتفع العمل فى المسألة. وهو غير مرضٍ عندهم.

فالأولى: أن تقف الاثنى عشر. وقس عليها ما شابهها.

* * *

باب المناسخات

فائدة: قوله: ﴿وَمَعْنَاهَا: أَنْ يَمُوتَ بَعْضُ الْوَرَثَةِ قَبْلَ قَسْمِ تَرَكِيهِ﴾.

وهو صحيح. فلو مات شخص وترك أبوين وابنتين. ثم ماتت إحدى البنيتين وخلف من فى المسألة. فلا بد هنا من السؤال عن الميت الأول.
فإن كان رجلاً: فالأب فالأب فى المسألة الأولى جد فى الثانية، أبو أب. فيرثه فى الثانية.

وإن كان الميت الأول: أنثى، فالأب فى الأولى جد فى الثانية أبو أم. فلا يرث.

فتصح فى الأولى من أربعة وخمسين.

وفى الثانية: من اثنى عشر.

كتاب الفرائض ٣٠٣
وتسمى «المأمونية» لأن المأمون سأل عنها يحيى بن أكرم، لما أراد أن يوليّه القضاء.
فقال له: الميت الأول ذكر أم أنثى؟ فعلم أنه قد عرفها.

فقال له: كم سنك؟ ففطن يحيى لذلك، وظن أنه استصغره. فقال: سِنٌ معاذ بن
جبل رضى الله عنه لما ولاه النبي ﷺ اليمين. وسن عتّاب ابن أسيد رضى الله عنه لما
ولى مكة. فاستحسن جوابه، وولاه القضاء.

* * *

باب قسم التركات

فائدتان

إحدهما: لو قال قائل: إنما يرثنى أربعة بنين، ولى تركة. أخذ الأكبر ديناراً وخمس
ما بقى. وأخذ الثانى دينارين وخمس ما بقى. وأخذ الثالث ثلاث دنانير وخمس ما
بقى. وأخذ الرابع جميع ما بقى. والحال أن كل واحد منهم أخذ حقه، من غير زيادة
ولا نقصان. كم كانت التركة؟

الجواب: أنها كانت ستة عشر ديناراً.

وفى الفروع هنا سهو. فإنه جعل للرابع: أربعة وخمس ما بقى. والحال: أنه لم يبق
شئ بعد أخذ الأربعة.

الثانية: لو قال إنسان لمريض: أوص. فقال: إنما يرثنى امرأتاك، وجدتك، وأختك،
وعمتك، وخالتك.

فالجواب: أن كل واحد منهما تزوج بجدتى الآخر: أم أمه، وأم أبيه، فأولد
المريض كلا منهما بتين. فهما من أم الأب الصحيح: عمتا الصحيح. ومن أم أمه:
خالته. وقد كان أبو المريض تزوج أم الصحيح، فأولد ~~لهما~~ ^{لها} بنتين.

وتصح من ثمانية وأربعين. ويعاين بها.

باب ذوى الأرحام

تنبيه: تقدم فى آخر كتاب الفرائض رواية: أن ذوى الأرحام لا يرتون البتة. ولا عمل عليه.

وقوله: هنا فى عددهم: ﴿وَكُلُّ جَدَّةٍ أَذَلَّتْ بِأَبٍ بَيْنَ أَمِينٍ، أَوْ بِأَبٍ أَعْلَى مِنْ الْجَدِّ﴾.

أما الأولى: فهى ذوى الأرحام. بلا نزاع.

وأما الجدة الثانية- أعنى المدلية أعلى من الجد- فهى أيضاً من ذوى الأرحام. على الصحيح من المذهب. كما جزم به المصنف^(١) هنا.

وقيل: من ذوى الفروض.

اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله، وصاحب الفائق، وقال: هو ظاهر كلام الخرقي.

وتقدم ذلك أيضاً فى أول كتاب الفرائض، فى فصل الجدات.

وقوله: ﴿وَيَرْتُونَ بِالتَّنْزِيلِ﴾.

كما نقل المصنف^(٢). هذا المذهب. وعليه الأصحاب. وعليه التفريع.

وعنه يرتون على حسب ترتيب العصابة.

قوله: ﴿وَالْعَمَّاتُ وَالْعَمُّ مِنَ الْأُمِّ كَالْأَبِ﴾.

هذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

منهم القاضى فى التعليق، والمصنف^(٣) وغيرهما.

وجزم به فى الوجيز، وغيره.

(١) قطع به المصنف فى المغنى وجمعهما مغ ذوى الأرحام فقال (وهم الأقارب الذين لا فرض لهم ولا تعصيب وهم أحد عشر خيراً ولد البنات ولد الأخوات وبنات الأخوة وولد الأخوة من الام والعمات من جميع الجهات والعم من الأم والأخوال والخالات وبنات الأعمام والجد وكل جدة أدلت بأب بين أبين أو بأب أعلى من الجد فهؤلاء من أدلى بهم يسمون ذوى الأرحام.) المغنى (٨٢/٧).

(٢) ذكر فى المغنى مقدماً فقال (مذهب أبى عبد الله فى توريث ذوى الأرحام مذهب أهل التنزيل وهو أن ينزل كل واحد منهم منزلة إلى أن يصلوا من يمتون به فيأخذون ميراثه) المغنى (٨٦/٧).

(٣) قطع به المصنف فى المغنى (٨٦/٧).

كتاب الفرائض ٣٠٥

وقدمه فى الفروع، وغيره.

وعنه: كالعم - يعنى من الأبوين - قاله الأصحاب. واختاره أبو بكر.

وقيل: كل عمة كأخيها.

وعنه: العمة لأبوين، أو لأب، كالجدة.

فعليتها: العمة لأم، والعم لأم، كالجدة أمهما.

وقال فى الروضة: العمة كالأب. وقيل: كبنت.

قلت: الذى يظهر: أن هذا خطأ، وأى جامع بين العمة والبنت؟

فائدة: هل عمة الأب على هذا الخلاف؟

وهل عم الأب من الأم، وعمة الأب والأم: كالجدة، أو كعم الأب من الأبوين، أو كأب الجدة؟ مبنى على هذا الخلاف هنا.

وليسا كأب الجدة. لأنه أجنبى منهما.

قوله: ﴿فَإِذَا أَذْلَى جَمَاعَةً بِوَاحِدٍ، وَاسْتَوَتْ مَنَازِلُهُمْ مِنْهُ. فَتَصِيَّهُ بَيْنَهُمْ بِالسَّوِيَّةِ. ذَكَرَهُمْ وَأَتَانَهُمْ فِيهِ سَوَاءٌ﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.

قال فى الفروع: اختاره الأكثر.

قال أبو الخطاب: اختاره عامة شيوخنا.

قال الزركشى: عليه جمهور الأصحاب.

وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى الفروع، والمحرر^(١)، والفائق. وغيرهم.

وعنه: للذكر مثل حظ الأنثيين، إلا ولد الأم.

وقال الخرقي: يسوى بينهم إلا الخال والخالة. وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله. ذكرها جماعة.

واختاره ابن عقيل فى التذكرة استحساناً.

(١) ذكره فى المحرر مقدماً فقال (سواء اختلفت منازلهم منه كأخواته المفترقات أو إخوته المفترقين أو كأب وأخوته مثل أبى أم وخال وخالة. أو تساوت منازلهم منه كأولاده وإخوته غير المفترقين لكن يسوى بين ذكرهم وأتاهم) المحرر (٤٠٥/١).

٣٠٦ كتاب الفرائض

واختاره أيضاً الشيرازي.

قال المصنف في المغنى^(١): لا أعلم له وجهاً.

قال القاضي: لم أجد هذا بعينه عن الإمام أحمد رحمه الله.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُمْ أَقْرَبَ مِنْ بَعْضٍ، فَمَنْ سَبَقَ إِلَى الْوَارِثِ: وَرِثَ، وَأَسْقَطَ غَيْرَهُ. إِلَّا أَنْ يَكُونَا مِنْ جِهَتَيْنِ، فَيَنْزِلُ الْبَعِيدُ حَتَّى يَلْحَقَ بِوَارِثِهِ، سَوَاءَ سَقَطَ بِهِ الْقَرِيبُ أَمْ لَا. كَبُنْتُ بِنْتُ بَنْتٍ. وَبُنْتُ أَخَ لَأُمٍّ﴾.

فالصحيح من المذهب، وعليه الأصحاب: أن المال لبنت بنت البنت بالفرض والرد.

وذكر في الترغيب رواية: أن الإرث للجهة القربى مطلقاً.

وفي الروضة- في ابن بنت، وابن أخ لأم - له السدس. ولابن البنت النصف.

فالمال بينهما على أربعة، بالفرض والرد.

قوله: ﴿وَالْجِهَاتُ أَرْبَعُ: الْأَبُوءُ، وَالْأُمُومَةُ، وَالْبُنُوءُ، وَالْأَخُوءُ﴾.

هذا أحد الوجوه. اختاره المصنف^(٢)، أولاً.

ويلزمه عليه: إسقاط بنت الأخ، وبنات الأخوات وبنوهن بنات الأعمام

والعمات.

قال الشارح: وهو بعيد.

قال في المحرر^(٣): إذا كان ابن ابن أخت لأم، وبنت ابن ابن أخ لأب: فله السدس،

ولها الباقي.

ويلزم من جعل الأخوة جهة: أن يجعل المال للبنت. وهو بعيد جداً. حيث يجعل

أجنبيتين أهل جهة واحدة. ورده شارحه.

قال في الفائق: وهو فاسد.

قال في الرعاية: هو بعيد. وقيل: خطأ.

وذكر أبو الخطاب العمومة جهة خامسة.

(١) ذكره المصنف في المغنى (٩٠/٧).

(٢) اختاره المصنف في المغنى وصوبه فقال (والصواب إذ أن تكون الجهات أربعاً الأبوة والبنوة والأخوة والأمومة) المغنى (٩٠/٧).

(٣) ذكره في المحرر بنصه وتممه. المحرر (٤٠٥/١).

كتاب الفرائض ٣٠٧

وهو مفض إلى إسقاط العم من الأبوين، بينت العم من الأم، وبنت العمة.
 قال المصنف هنا: ولا نعلم به قائلًا.
 وذكر في المغنى^(١): أنه قياس قول محمد بن سالم.
 قال في الفائق: لم يعد قبله.
 قال في الرعاية الصغرى: هذا أشهر.
 وأعلم أن الصحيح من المذهب: أن الجهات ثلاث، وهم: الأبوة، والأمومة
 والبنوة. اختاره المصنف أخيرًا^(٢)، والمجد، والشارح.
 وحزم له في العمدة^(٣)، والوجيز.
 وقدمه في المحرر^(٤)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع.
 ويلزم عليه إسقاط بنت عمة بنت أخ.
 قال في الفائق: وهو أفسد من القول الأول.
 قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: النزاع لفظي.
 ولا فرق بين جعل «الأخوة» «والعمومة» جهة. وبين إدخالها في جهة الأبوة
 والأمومة. ويجعل الجهات ثلاثًا. والاعتراض في الصورتين لا حقيقة له.
 لأننا إذا قلنا: إذا كانا من جهة: قدمنا الأقرب إلى الوارث.
 فإذا كانا من جهتين: لم يقدم الأقرب إلى الوارث.
 فاسم الجهة عند أبى الخطاب وغيره - يعنى به - ما يشتركان فيه من القرابة.
 ومعلوم أن بنات العم والعمة يشتركان في بنوة العمومة. وبنات الإخوة يشتركان في
 بنوة الأخوة. ولم يرد أبو الخطاب بالجهة: الوارث الذى يدل به.
 ولهذا فرق بين الوارث الذى يدل به، وبين الجهة. فقال «إلا أن يسبقه إلى وارث
 آخر غيره، وتجمعهما جهة واحدة».

(١) ذكره المصنف في المغنى (٩٠/٧)

(٢) ذكره المصنف في المغنى احتمالًا فقال (ويحتمل أن تكون الجهات ثلاثًا الأبوة والبنوة والأمومة لأن
 جعل الأمومة جهة خامسة يفضى إلى إسقاط بنت العم بنت العمة وإن جعلنا الأخوة جهة رابعة مع
 نفى جهة العمومة أفضى إلى إسقاط ولد الأخوة والأخوات بنات الأعمام والعمت وإذا جعلنا جميعهم
 جهة واحدة وورثنا أسبقهم إلى الوارث كان أولى) المغنى (٩١/٧)

(٣) قطع به في العمدة فقال: (والجهات ثلاث والبنوة والأمومة والأبوة) العمدة (٣٢٤)

(٤) ذكره في المحرر مقدمًا. المحرر (٤٠٣/١)

٣٠٨ كتاب الفرائض

وإذا نزلنا بنت العم والعم منزلة الأب: لم يمنع ذلك أن يكون جهة من جهات العمومة للمشاركة في الاسم. انتهى كلامه.

فائدة: البنوة جهة واحدة، على الصحيح من المذهب.

قدمه في المحرر^(١)، والفروع، والفائق، والرعايتين، والحاوي الصغير.

وعنه: كل ولد الصلب جهة.

قال في المحرر^(٢)، والحاوي: وهي الصحيحة عندي.

وعنه: كل وارث يدلي به جهة.

فعمة وابن خال: له الثلث، ولها البقية. ولو كان معهما خالة أم: كان الحكم كذلك.

والصحيح من المذهب: أن ابن الخال يسقط بها. ولها السدس. والبقية للعممة وخالة أم، وخالة أب: المال لهما كجدتين. وتسقطهما أم أبي الأم على هذه الرواية. والمذهب: تسقط هي.

ولو كانت بنت بنت وبنت بنت ابن. فالمراث على أربعة بينهما

إن قيل: كل ولد صلب جهة.

وإن قيل كلهم جهة: اختصت به الثانية للسبق.

ولو كان معهما بنت بنت بنت أخرى، فالمراث لولدى بنتى الصلب. على الأول. ولولدى الابن على الثاني. قاله في الفائق، وغيره.

قوله: ﴿وَمَنْ مَتَّ بِقَرَابَتَيْنِ. أَى: أدلى: وَرِثَ بِهِمَا﴾.

على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب، كشخصين.

وحكى عنه: أنه يرث بأقواهما.

قوله: ﴿وَإِنْ اتَّفَقَ مَعَهُمْ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ: أَعْطِيَتْهُ فَرَصُهُ غَيْرَ مَخْجُوبٍ وَلَا مُعَاوَلٍ، وَقَسَمْتَ الْبَاقِيَ بَيْنَهُمْ، كَمَا لَوْ انفَرَدُوا﴾.

وهذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.

(١) ذكره في المحرر مقدماً فقال: (والبنوة كلها جهة واحدة) المحرر (٤٠٣/١).

(٢) قطع بها وذكرها في المحرر بنصه وتماهه. المحرر (٤٠٣/١).

كتاب الفرائض ٣٠٩

وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره.
ويحتمل أن يقسم الفاضل عن الزوج بينهم، كما يقسم بين من أدلوا به وهو ظاهر
كلام الخرقى.
وجزم به القاضى فى التعليق. وذكره فى الواضح.
والأمثلة التى ذكرها المصنف بعد ذلك مبنية على هذا الخلاف. وقد علمت
المذهب منه.

* * *

باب ميراث الحمل

فائدة: الحمل يرث فى الجملة. بلا نزاع.
لكن هل يثبت له الملك بمجرد موت مورثه، ويتبين ذلك بخروجه حيًا، أم لا يثبت
له الملك حتى ينفصل حيًا؟ فيه خلاف بين الأصحاب.
قال فى القواعد الفقهية: وهذا الخلاف مطرد فى سائر أحكامه.
الثانية: هل هى معلقة بشرط انفصاله حيًا^(١). فلا تثبت قبله، أو هى ثابتة له فى
حال كونه حملاً، لكن ثبوتها مراعى بانفصاله حيًا. فإذا انفصل حيًا تبين ثبوتها من
حين وجود أسبابها؟
وهذا هو تحقيق معنى قول من قول: هل الحمل له حكم أم لا؟
قال: والذى يقتضيه نص الإمام أحمد رحمه الله فى الإنفاق على أمه من نصيبه:
أنه يثبت له الملك بالإرث من حين موت أبيه. وصرح بذلك ابن عقيل وغيره من
الأصحاب.
ونقل عن الإمام أحمد رحمه الله ما يدل على خلافه، أنه لا يثبت له الملك إلا
بالوضع.

وقال المصنف - ومن تابعه - فى فطرة الجنين: لم تثبت له أحكام الدنيا إلا فى
الإرث فى الوصية، بشرط خروجه حيًا. انتهى.

(١) ذكر هذا الشرط المصنف فى المغنى فقال (إن نعلم أنه كان موجوداً حال الموت ويعلم ذلك بأن تأتى به
لأقل من ستة أشهر بالثانى أن تضعه حيًا وإن وضعته ميتاً لم يرث فى قولهم جميعاً) المغنى (١٩٧/٧)
وتبعه فى ذلك صاحب الشرح (١٣٣/٧) الكافى (٣١٠/٢).

٣١٠ كتاب الفرائض
فائدة: قوله: ﴿وَقَفْتُ لَهُ نَصِيبَ ذَكَرَيْنِ إِنْ كَانَ نَصِيبُهُمَا أَكْثَرَ إِلَّا وَقَفْتُ نَصِيبَ اثْنَيْنِ﴾.

وكذا لو كان إرث الذكر والأنثى أكثر. قاله في الرعايتين.
وهذا بلا نزاع. وهو من مفردات المذهب.
فمثال كون الذكرين نصيبهما أكثر: لو خلف زوجة حاملا.
ومثاله في الأنثيين: كزوجة حامل مع أبوين.
ومثاله في الذكر والأنثى: لو خلف زوجة، أو خلفت زوجا، وأما حاملا. قاله في
الرعاية الكبرى. وفيه نظر ظاهر.

قوله: ﴿وَإِذَا اسْتَهْلَ الْمُؤَلُّودُ صَارِخًا: وَرِثَ، وَوَرِثَ. مُحَقَّقًا﴾.
هذا المذهب^(١). نقله أبو طالب.

قال في الروضة: هذا الصحيح عندي.
وجزم في الرعايتين، والحاوي الصغير، والوجيز، والفائق، وغيرهم.
وقدمه في الفروع، وغيره.

وعنه: يرث أيضا بصوت غير الصراخ.
قوله: ﴿وَفِي مَعْنَاهُ الْعُطَّاسُ وَالتَّنَفُّسُ﴾.
هذا المذهب^(٢). نص عليه في العطاس.

وجزم به في الرعايتين، والحاوي الصغير، والهادية، والخلاصة، وغيرهم.
وجزم به في المذهب في العطاس. وقدمه في الفائق.
وقال القاضي وأصحابه، وجماعة: في التنفس.
قال في الفائق: وشرط القاضي طول زمن التنفس.
وقال في الترغيب: إن قامت بينة أن الجنين تنفس، أو تحرك، أو عطس: فهو حي.

(١) ذكره في المغني وأورده اتفاقا لما روى عن أبو داود بإسناده عن أبي هريرة عن النبي -ص- أنه قال
«إذا استهل المولود ورث» للمغني (١٩٨/٧) والمحرر (٤٠٦/٢) والشرح (١٣٤/٧) والكاظمي (٣١٠/٢).
(٢) ذكره في المغني فقال (وروى يوسف بن موسى عن أحمد أنه قال يرث السقط ويورث إذا استهل فقيل
له ما استهله وقال إذا صاح أو عطس أو بكى فعلى هذا كل صوت يوجد منه تعلم به حياته فهو
استهلال) للمغني (١٩٩/٧) الشرح (١٣٥/٧) الكاظمي (٣١٠/٢) والمحرر (٤٠٦/١).

كتاب الفرائض ٣١١

وقال فى المذهب، ومسبوك الذهب، فى هذا الباب: فإن تحرك أو تنفس: لم يكن كالاستهلال.

ونقل ابن الحكم: إذا تحرك، ففيه الدية كاملة. ولا يرث ولا يورث، حتى يستهل.
وظاهر ما قدمه فى الفروع: أن مجرد التنفس كالاستهلال.
وقال فى الفائق: وعنه يتعين الاستهلال فقط.

قوله: ﴿وَالْأَرْتَضَاعُ﴾.

يعنى أنه فى معنى الاستهلال صارخاً. فيرث ويورث بذلك. وهو المذهب وجزم به فى الهداية، والمذهب، والخلاصة، والرعايتين، والحاوى الصغير، والوجيز، وغيرهم.

قال فى الفروع: هذا أشهر.

وقدمه فى الفائق، وغيره.

وقيل: لا يرث بذلك، ولا يورث.

وتقدمت الرواية التى ذكرها فى الفائق.

قوله: ﴿وَمَا يَدُلُّ عَلَى الْحَيَاةِ﴾.

كالحركة الطويلة، والبكاء. وغيرهما مما يعلم به حياته. وهذا المذهب.

وجزم به فى الهداية، والمذهب، والخلاصة، والوجيز، وغيرهم.

قال فى الفروع: هذا أشهر. وقيل: لا يرث ولا يورث بذلك.

قوله: ﴿فَأَمَّا الْحَرَكَةُ وَالْإِخْتِلَاجُ: فَلَا يَدُلُّ عَلَى الْحَيَاةِ﴾.

بمجرد الاختلال لا يدل على الحياة.

وأما الحركة: فإن كانت يسيرة فلا تدل بمجردها على الحياة.

قال المصنف^(١): ولو علم معهما حياة. لأنه لا يعلم استقرارها لاحتمال كونها

كحركة المذبوح. فإن الحيوان يتحرك بعد ذبحه حركة شديدة وهو كميته.

وكذا التنفس اليسير، ولا يدل على الحياة. ذكره فى الرعاية.

وإن كانت الحركة طويلة. فالمذهب: أنها تدل على الحياة، وأن حكمها حكم

الاستهلال صارخاً.

(١) ذكره المصنف فى الغنى بنصه وتماه. الغنى (٧/ ١٩٩).

٣١٢ كتاب الفرائض

قال فى الفروع: هذا أشهر. وقيل: لا يرث ولا يورث بذلك.

وتقدمت الرواية التى فى الفائق. فإنها تشمل ذلك كله.

قوله: ﴿وَإِنْ ظَهَرَ بَعْضُهُ فَاسْتَهْلَ، ثُمَّ انفَصَلَ مَيْتًا: لَمْ يَرِثْ﴾.

هذا المذهب. جزم به فى الكافى^(١)، والوجيز.

قال المصنف، والشارح: هذا ظاهر المذهب.

وقدمه فى الفروع، والشرح^(٢).

وعنه: يرث.

قال فى الخلاصة: ورث فى الأصح.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمحرر^(٣)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق، وشرح ابن منجا.

تنبيه: قوله: ﴿وَإِنْ وَلَدَتْ تَوَآمَيْنِ، فَاسْتَهْلَ أَحَدُهُمَا، وَأَشْكَلَ: أَقْرِعَ بَيْنَهُمَا. فَمَنْ خَرَجَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ: فَهُوَ الْمُسْتَهْلُ﴾.

مراده: إذا كان إرثهما مختلفا. فلو كانا ذكرا، أو أنثيين، أو ذكرا وأنثى أخوين لأم: لم يقرع بينهما. ويقرع فيما سوى ذلك، وهو واضح.

فائدتان

إحداهما: لو مات كافر عن حمل منه: لم يرثه الحمل. للحكم بإسلامه قبل وضعه. على الصحيح من المذهب. نص عليه. ونصره فى القواعد الفقهية.

وقدمه فى المحرر^(٤)، والرهايتين، والحاوى الصغير، والفائق.

وقيل: يرث. اختاره القاضى فى بعض كتبه.

قال فى الفروع: وهو أظهر.

قلت: وهو الصواب.

(١) قطع به فى الكافى ثم قال (لأنه لم يثبت له أحكام الدنيا وهو حى) الكافى (٣١٠/٢).

(٢) قدمه فى الشرح ونصره بقوله (لنا أنه لم يخرج جميعه فأشبه ما لو مات قبل خروج أكثره وعنه يرث للحدوث والأولى ظاهر المذهب) الشرح (١٣٥/٧).

(٣) ذكر فيها صاحب المحرر الإطلاق فقال (وفيمن ظهر بعضه واستهل ثم وصل باقيه ميتا روايتان) المحرر (٤٠٦/١).

(٤) ذكره فى المحرر مقدما. المحرر (٤٠٦/١).

كتاب الفرائض ٣١٣

وفى المنتخب للشيرازى: يحكم بإسلامه بعد وضعه، ويرثه.

تم ذكر عن الإمام أحمد رحمه الله: إذا مات حكم بإسلامه ولم يرثه. وحمله على ولادته بعد قسم الميراث.

الثانية: إذا مات كافر عن حمل من كافر غيره. فأسلمت أمه قبل وضعه، مثل أن يخلف أمه حاملا من غير أبيه: فحكمه حكم المسألة الأولى. قاله الأصحاب. قال فى الرعاية: ويحتمل أن يرث حيث ثبت النسب.

تنبيه: روى عن الإمام أحمد رحمه الله يقى ذلك نصوص نذكرها. ونذكر ما فسرته الأصحاب به. فنقول:

روى جعفر عنه فى نصرانى مات وامراته نصرانية، وكانت حبلى. فأسلمت بعد موته، ثم ولدت، هل يرث؟

قال: لا. وقال: إنما مات أبوه وهو لا يعلم ما هو، وإنما يرث بالولادة. وحكم له بحكم الإسلام.

وقال محمد بن يحيى الكحال، قلت لأبى عبد الله: مات نصرانى، وامراته حامل فأسلمت بعد موته؟ قال: ما فى بطنها مسلم.

قلت: أيرث أباه إذا كان كافرا وهو مسلم؟ قال: لا يرثه.

فصرح بالمنع من إرثه لأبيه، معللا بأن يتأخر إلى ما بعد الولادة. وإذا تأخر توريثه إلى ما بعد الولادة، فقد سبق الحكم بإسلامه زمن الولادة، إما بإسلام أمه، كما دل عليه كلام الإمام أحمد رحمه الله هنا، أو بموت أبيه، على ظاهر المذهب. والحكم بالإسلام لا يتوقف على العلم به، بخلاف التوريث.

وهذا يرجع إلى أن التوريث يتأخر عن موت المورث إذا انعقد سببه فى حياة الموروث. وأصول الإمام أحمد رحمه الله تشهد لذلك. ذكره ابن رجب فى قواعده.

قال: وأما القاضى والأكترون: فاضطربوا فى تخريج كلام الإمام أحمد رحمه الله، وللقاضى فى تخريجه ثلاثة أوجه.

الأول: أن إسلامه قبل قسم الميراث أوجب منعه من التوريث. وهى طريقة القاضى فى المجرد، وابن عقيل فى الفصول.

قال ابن رجب: وهو ظاهرة الفساد.

والوجه الثانى: أن هذه الصورة من جملة توريث الطفل المحكوم بإسلامه بموت

٣١٤ كتاب الفرائض
أبيه. ونصه هذا يدل على عدم التوريث. فتكون ثانية فى المسألة. وهذه طريقة
القاضى فى الروايتين.

قال ابن رجب: وهى ضعيفة. لأن الإمام أحمد رحمه الله صرح بالتعليل بغير ذلك.
ولأن توريث الطفل من أبه الكافر - وإن حكم بإسلامه بموته - غير مختلف فيه، حتى
نقل ابن المنذر وغيره: الإجماع عليه. فلا يصح حمل كلام الإمام أحمد رحمه الله على
ما يخالف الإجماع.

والوجه الثالث: أن الحكم بإسلام هذا الطفل حصل بشيئين: بموت أبيه وإسلام
أمه وهذا الثانى مانع قوى لأنه متفق عليه. فلذلك منع الميراث، بخلاف الولد المنفصل
إذا مات أحد أبويه. فإنه يحكم بإسلامه، ولا يمنع إرثه. لأن المانع فيه ضعيف
للاختلاف فيه.

وهذه طريقة القاضى فى خلافه.

قال ابن رجب: وهى ضعيفة أيضاً، ومخالفة لتعليل الإمام أحمد رحمه الله. فإنه إنما
علل بسبق المانع لتوريثه، ولا بقوة المانع وضعفه.

وإنما ورث الإمام أحمد رحمه الله من حكم بإسلامه بموت أحد أبويه لمقارنة المانع
لا لضعفه. انتهى ما ذكره فى القواعد.

فائدتان

إحدهما: لو زوج أمته بجر، فأحليها. فقال السيد: إن كان حملك ذكراً فأنت
وهو رقيقان. وإلا فأنتما حران. فهى القائلة: إن ألد ذكراً لم أرث ولم يرت، وإلا
ورثنا. فيعابى بها.

وتقدم مسائل فى المعايعة. فيما إذا كانت حاملاً.

الثانية: لو خلف ورثة، أمة مزوجة، فقال فى المغنى^(١): ينبغى أن لا يطأها حتى
تستبرأ.

وذكر غيره من الأصحاب: يحرم الوطء حتى يعلم: أحامل هى أم لا؟ وهو
الصواب.

* * *

(١) ذكره المصنف فى المغنى باب الاستبراء فقال: (ومن ملك أمة بسبب من أسباب الملك كالبيع والهبة
والإرث لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها بكرة كانت أو ثيباً، صغيرة كانت أو كبيرة ممن تحمل أو ممن
لا تحمل المغنى (١٥٨/٩)).

باب ميراث المفقود

قوله: ﴿وَإِذَا انْقَطَعَ خَبْرُهُ لِعَيَّةِ ظَاهِرِهَا السَّلَامَةُ، كَالْتَجَارَةِ وَنَحْوِهَا انْتَهَرَتْهُ تَمَامَ تِسْعِينَ سَنَةً مِنْ يَوْمٍ وَلِدَ﴾.

هذا المذهب. نص عليه. صححه في المذهب، وغيره.

قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب.

قال في الهداية وغيره: هذا أشهر الروايتين.

وجزم به في الخلاصة، والوجيز.

وقدمه في المحرر^(١)، والرايعتين، والحاوي الصغير، والفروع، والفائق.

وهو من مفردات المذهب.

وعنه: ينتظر أبداً.

فعليها: يجتهد الحاكم فيه، كغيبه ابن تسعين. ذكره في الترغيب.

قال في الرايعتين، والحاوي، في باب العدد: إن كان ظاهرها السلامة، ولم يثبت موته: بقيت زوجته ما رأى الحاكم. ثم تعدد للوفاة.

وأطلقهما في الشرح^(٢)، والنظم.

وعنه: ينتظر أبداً حتى تتيقن موته. لأن الأصل حياته.

قدمه في باب العدد في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمصنف^(٣)، والشارح، قالوا: هذا المذهب. ونصراه.

وعنه: تنتظر زمناً لا يعيش مثله غالباً. اختاره أبو بكر، وغيره.

وقال ابن عقيل: تنتظر مائة وعشرين سنة من يوم ولد.

وقال ابن رزين: يحتمل عندي: أن ينتظر به أربع سنين لقضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك.

(١) ذكره في المحرر مقدماً. المحرر (١/ ٤٠٦).

(٢) ذكر الإطلاق صاحب الشرح قال فيه روايتان إحداهما ينتظر تمام تسعين سنة مع سنه يوم فقد لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا - الثانية - لا يقسم ماله ولا تتزوج امراته حتى يعلم موته أو يمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها وذلك مردوه إلى اجتهد الحاكم الشرح (٧/ ١٤٠).

(٣) ذكره في المغنى مقدماً فقال: (لا يقسم ماله ولا تتزوج امراته حتى تتيقن موته أو يمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها وذلك مردود إلى اجتهد الحاكم المغنى (٧/ ٢٠٧)).

٣١٦..... كتاب الفرائض

قال فى الفروع: وإنما قضاؤه فىمن هو مهلكة.

قال فى الفائق، قلت: فلو فقد، وله تسعون سنة: فهل تنتظر عدة الوفاة؟ أو يرجع إلى اجتهاد الحاكم، أو يرتقب سنين؟ يحتمل أوجهها.

أفتى الشيخ شمس الدين: بالأول- يعنى به الشارح - والمختار الأخير. انتهى.

قلت: قد تقدم أن صاحب الترغيب قال: يجتهد الحاكم. ووافقه على ذلك فى الفروع. وهو أولى.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ ظَاهِرُهَا اهْلَاكًا﴾. كما مثل المصنف ﴿أَنْتَظِرَ بِهِ تَمَامَ أَرْبَعِ سِنِينَ. ثُمَّ يُقَسِّمُ مَالَهُ﴾.

هذا المذهب.

قال المصنف، وصاحب الفائق، والشارح، هذا المذهب. نص عليه.

وقدمه فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والمحرر^(٣)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم.

وجزم به فى الوجيز، فقال: انتظر به تمام أربع سنين منذ تلف.

وتابع صاحب الرعاية الكبرى فى ذلك.

والأولى: منذ فقد. فهو من مفردات المذهب.

وعنه: ينتظر به أربع سنين وزيادة أربعة أشهر وعشر.

قال القاضى: لا يقسم ماله حتى تمضى عدة الوفاة، بعد الأربع سنين.

وعنه: التوقف فى أمره.

وقال: كنت أقول ذلك، وقد هيئتُ الجواب فيها، لاختلاف الناس، وكأنى أحب

السلامة.

قال فى المستوعب، قال أصحابنا: وهذا توقف يحتمل الرجوع عما قاله أو لا

(١) قطع به المصنف مقدما فى المغنى - هو الغالب من حاله الهلاك وهو من يفقد فى مهلكة كالذى يفقد بين الصفين وقد هلك جماعة أو فى مركب انكسر فغرق بعض أهله أو فى مفازة يهلك فيها الناس أو يفقد من بين أهله ولا يعلم خيرة فهذا ينتظر به أربع سنين فإذا لم يظهر له خير قسم ماله واعتدت امرأته عدة الوفاة وصلحت للأزواج نص عليه الإمام أحمد (المغنى ٢٠٥/٧).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى (الشرح ١٤٢/٧).

(٣) ذكره فى المحرر أيضا مقدما. المحرر (٤٠٦/١).

كتاب الفرائض ٣١٧

وتكون المرأة على الزوجية حتى يثبت موته، أو يمضى زمان لا يعيش فيه مثله. وعنه: حكمه فى الانتظار: حكم التى ظاهرها السلامة.

وقال فى الواضح: ينتظر زمناً لا يجوز مثله، قال: وحدها - فى بعض رواياته - بتسعين سنة. وقيل: بسبعين.

فائدة: نقل الميمونى - فى عبد مفقود - الظاهر: أنه كالحر.

قلت: وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب.

ونقل منها، وأبو طالب - فى الأمة - أنها على النصف من الحرية.

قوله: ﴿فَإِنْ مَاتَ مَوْزُوهُ فِي مُدَّةِ التَّرْبُصِ: دُفِعَ إِلَى كُلِّ وَارِثِ الْيَقِينِ، وَوَقَّفَ الْبَاقِي﴾.

وطريق العمل فى ذلك: أن تعمل المسألة على أنه حى، ثم على أنه ميت. ثم تضرب إحداهما - أو وفقها - فى الأخرى. واجتزئ بإحدهما إن تماثلتا، أو بأكثرهما إن تناسبتا. وتدفع إلى كل وارث اليقين. ومن سقط فى إحداهما لم يأخذ شيئاً. وهذا المذهب.

وعليه جماهير الأصحاب. وحزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى المحرر^(١)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والنظم.

قيل: تعمل المسألة على تقدير حياته فقط. ولا تقف شيئاً سوى نصيبه إن كان يرث.

قال فى المحرر^(٢): وهو أصح عندى.

وصححه فى الحاوى الصغير، والفروع.

فعلى هذا القول: يؤخذ ضمين ممن معه احتمال زيادة على الصحيح.

قدمه فى الفائق، والرعايتين.

وحزم به ابن عبدوس فى تذكرته. صححه فى النظم.

وقيل: لا يؤخذ منه ضمن.

وأطلقهما فى المحرر^(٣)، والحاوى الصغير، والفروع.

(١) ذكره فى المحرر وذكر نفس الطريقة. انظر المحرر (١/٤٠٧).

(٢) ذكره فى المحرر بنصه وتمامه (١/٤٠٧).

(٣) ذكر الإطلاق فى المحرر فقال: (وهل يؤخذ ممن معه احتمال زيادة ضميين بها يحتمل وجهين) المحرر (١/٤٠٧).

قوله: ﴿فَإِنْ قَدِمَ أَحَدٌ نَصِيْبَهُ﴾. بلا نزاع.

وقوله: ﴿وَإِنْ لَمْ يَأْتِ فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَالِهِ﴾.

هذا الصحيح. صححه في المحرر^(١)، والنظم.

قال في الفائق: هو قول غير صاحب المغنى فيه.

وقطع به في الكافي^(٢)، والوجيز، وشرح ابن منجا.

وقدمه في المحرر أيضاً^(٣)، والحاوى الصغير.

وقيل: يرد إلى ورثة الميت الذى مات فى مدة التبرص. قطع به فى المغنى^(٤).

وقدمه فى الرايعتين. وأطلقهما فى الفروع. وحكماهما فى الشرح^(٥) روايتين.

قال فى الفروع: والمعروف وجهان.

قلت: لم نر من حكاهما روايتين غيره.

فعلى الأول: يقضى منه دين المفقود. بلا نزاع.

وينفق على زوجته أيضاً وعبدته وبهيمة. صححه فى المحرر^(٦)، وغيره.

قال فى الفائق: يقضى منه تلك الحالة دينه، وينفق على زوجته، وغير ذلك انتهى.

وعلى الثانى: لا يقضى منه دينه، ولا ينفق منه على زوجته، ولا عبده، ولا

(١) ذكره فى المحرر مقدما ثم قال - وهو الأصح المحرر (٤٠٧/١).

(٢) قطع به فى الكافي فقال: (فحكم نصيبه من الميراث حكم سائر ماله يقسم ورثته إذا قضت المدة) الكافي (٣١٦ / ٢).

(٣) ذكر فى المحرر مقدما. المحرر (٤٠٧/١).

(٤) جزم به فى المغنى فقال (فإن مضت المدة ولم يعلم خبر المفقود رد الموقوف إلى ورثة مورت المفقود ولم يكن لورثة المفقود) المغنى (٢٠٨/٧).

(٥) حكى صاحب الشرح أنهما روايتان على القولين فى المغنى والكافي فقال ما نصه (وإن علم أنه مات بعد موت مورثه دفع نصيبه مع ماله إلى ورثته وإن علم إن كان ميتا حين موت مورثه رد الموقوف إلى ورثة الأول وإن مضت المدة ولم يعلم خبره رد أيضا إلى ورثة الأول لأنه مشكوك فى حياته حين موت مورثه فلا يورث مع الشك كالجنين الذى سقط ميتا هذا الذى ذكره شيخنا فى المغنى وذكر فى هذا الكتاب المشرح وفى الكافي أنه يقسم على ورثة المفقود لأنه محكوم بحياته فعلى هذا يكون فى المسألة روايتين) الشرح (١٤٣/٧).

(٦) قال عنه فى المحرر (وهو الأصح). المحرر (٤٠٧/١).

كتاب الفرائض ٣١٩

بهيئته. جزم به صاحب المحرر^(١)، والتهذيب، والفصول، والمستوعب، والمغنى، وغيرهم.

وقال فى القاعدة التاسعة والخمسين، بعد المائة: يقسم بعد انتظاره. وهل تثبت له أحكام المعلوم من حين فقده، أولاً تثبت إلا من حين إباحة أزواجه، وقسمه ماله؟ على وجهين. يبنى عليهما: لو مات له فى مدة انتظاره من يرثه. فهل يحكم بتوريثه منه أم لا؟ ونص الإمام رحمه الله: أنه يزكى ماله بعد مدة انتظاره، معللاً بأنه مات وعليه زكاة.

وهذا يدل على أنه لا يحكم له بأحكام الموت إلا بعد المدة. وهو الأظهر انتهى.

قوله: ﴿وَلِبَاقِي الْوَرَّةِ أَنْ يَصْطَلِحُوا﴾.

على ما زاد عن نصيبه. فيقتسموه.

يجوز للورثة أن يصطلحوا على ما زاد عن نصيب المفقود. ولهم أن يصطلحوا على كل الموقوف أيضاً، إن حجب أحداً ولم يرث، أو كان أخاً لأب: عَصَبَ أخته مع زوج وأخت لأبوين. وهذا كله مفرع على الصحيح من المذهب. أما على ما اختاره صاحب المحرر^(٢) - وهو أننا نعمل المسألة على تقدير حياته فقط - فلا يتأتى هذا.

وقد تقدم أنه يؤخذ ضمين ممن معه احتمال زيادة. على الصحيح. فليعاود.

فوائد

الأولى: إذا قدم المفقود، بعد قسم ماله: أخذ ما وجده بعينه، ويرجع على من أخذ الباقي. على الصحيح من المذهب. نص عليه فى رواية عبد الله. واختاره أبو بكر.

قال فى الفائق، وهو أصح. وصححه ابن عقيل. وغيره.

وجزم به المصنف وغيره.

وعنه: لا يرجع على من أخذ. نص عليه فى رواية ابن منصور.

(١) ذكره فى المحرر على الوجه الثانى. المحرر (٤٠٧/١).

(٢) قطع به صاحب المحرر (٤٠٧/١).

٣٢٠ كتاب الفرائض

وقال: إنما قُسم بحق لهم.

قال فى الفروع: اختاره جماعة. وقدمه فى الرعاية الكبرى.

وظاهر الفروع: إطلاق الخلاف. فإنه قال: رجع فى رواية.

ونقل ابن منصور: لا يرجع.

الثانية: لو جعل لأسير من وقف شىء: تسلمه وحفظه وكيله، ومن ينتقل إليه بعده جميعاً. ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله. واقتصر عليه فى الفروع.

وقال: ويتوجه وجه يكفى وكيله.

قلت: ويتوجه أن يحفظه الحاكم إذا عدم الوكيل. لأنه المتكلم على أموال الغياب، على ما يأتى فى أواخر «باب أدب القاضى».

الثالثة: المشكل نسبه كالمفقود.

فلو قال رجل: أحد هذين ابنى، ثبت نسب أحدهما، فيعينه. فإن مات عينه وارثه، فإن تعذر أرى القافة. فإن تعذر عين أحدهما بالقرعة. ولا مدخل للقرعة فى النسب على ما يأتى. ولا يرث، ولا يوقف.

ويصرف نصيب ابن لبيت المال. ذكره فى المنتخب عن القاضى.

وذكر الأزجى عن القاضى: يعزل من التركة ميراث ابن يكون موقوفاً فى بيت المال للعلم باستحقاق أحدهما.

قال الأزجى، والمذهب الصحيح: لا وقف. لأن الوقف إنما يكون إذا رُجى زوال الإشكال.

قال فى الرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق، وغيرهم: ومن افتقر نسبه إلى قائف، فهو فى مدة إشكاله كالمفقود.

الرابعة: قال فى الرعاية الكبرى: والعمل فى المفقودين، أو أكثر: بتنزيلهم بعدد أحوالهم لا غير، دون العمل بالخالين.

* * *

باب ميراث الخثى

قوله: ﴿وَإِنْ خَرَجَا مَعًا: اُعْتَبِرْ أَكْثَرُهُمَا. فَإِنْ اسْتَوَيَا فَهُوَ مُشْكِلٌ﴾.

هذا المذهب. نص عليه. وجزم به في الوجيز، والهداية، والخلاصة، وغيرهم. وقدمه في المحرر^(١)، والفروع، والفاائق، وغيرهم.

وقيل: لا تعتبر الكثرة. نقله ابن هانئ. وهو ظاهر كلام أبى الفرج وغيره فإنه قال: هل يعتبر السبق في الانقطاع؟ فيه روايتان. ولم يذكر الكثرة. وقال في التبصرة: يعتبر أطولهما خروجًا. نقله أبو طالب. لأن بوله يمتد، وبولها يسيل.

وقال القاضى، وابن عقيل: إن خرجا معا حكم للمتأخر. وقدم ابن عقيل الكثرة على السبق.

وقيل: إن انتشر بوله على كثيب رمل: فذكر. وإن لم ينتشر: فأثنى. قال في الرعاية: وفيه بعد.

وقال ابن أبى موسى: تعد أضلاعه. فستة عشر ضلعا: للذكر، وسبعة عشر للأثني. قال في الرعاية: وفيه بعد.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ يُرْجَى انْكِشَافُ حَالِهِ - وَهُوَ الصَّغِيرُ - أُعْطِيَ هُوَ وَمَنْ مَعَهُ الْيَقِينُ. وَوَقَّفَ الْبَاقِي حَتَّى يَبْلُغَ، فَتَظْهَرَ فِيهِ عِلَامَاتُ الرِّجَالِ، مِنْ نَبَاتِ لِحْيَتِهِ، وَخُرُوجِ الْمَنِيِّ مِنْ ذَكَرِهِ، أَوْ عِلَامَاتُ النِّسَاءِ، مِنَ الْحَيْضِ وَنَحْوِهِ﴾.

كسقوط الثديين. نص عليه. وهذا المذهب نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب وجزم به في الوجيز، والمحرر^(٢)، والمنور، وغيرهم. وقدمه في الفروع، وغيره. وقيل: لا أنوثة بسقوط الثديين.

وقيل: إن اشتبه النساء فذكر في كل شيء.

قال القاضى في الجامع: إلا في الإرث والدية. لأن للغير حقا. وإن اشتبه ذكرًا: فأثنى.

(١) قدمه في المحرر فقال: (وإن خرج منهما اعتبر أكثرهما). المحرر (٤٠٧/١).

(٢) قطع به في المحرر (٤٠٧/١).

٣٢٢ كتاب الفرائض

وقال فى عيون المسائل: إن حاض من فرج المرأة، أو احتلم منه، أو أنزل من ذكر الرجل: لم يحكم بالخنوثة. لجواز كونه حلقة زائدة.

وإن حاض من فرج النساء، وأنزل من ذكر الرجل: فبالغ بلا إشكال.

وتقدم فى باب الحجر «ما يحصل به بلوغ الخنثى المشكل» فليعاود. فإن فيه نوع التفات إلى هذا.

قوله: «وَإِنْ يُتَسَّ مِنْ ذَلِكَ بِمَوْتِهِ، أَوْ عَدَمِ الْعَلَامَاتِ بَعْدَ بُلُوغِهِ: أُعْطِيَ نِصْفَ مِيرَاثِ ذَكَرٍ، وَنِصْفَ مِيرَاثِ أُنْثَى. فَإِذَا كَانَ مَعَ الْخُنْثَى بِنْتُ وَابْنٌ: جَعَلْتُ لِلْبِنْتِ أَقْلَ عَدَدٍ لَهُ نِصْفٌ. وَهُوَ سَهْمَانِ وَلِلذَكَرِ أَرْبَعَةٌ. وَلِلْخُنْثَى ثَلَاثَةٌ».

وهذا اختيار المصنف^(١)، وقال: هذا قول لا بأس به فى هذه المسألة، وفى كل مسألة فيها ولد إذا كان فيهم خنثى.

وجزم به فى الوجيز، وقدمه فى الفروع.

وقال أصحابنا: تعمل المسألة على أنه ذكر، ثم على أنه أنثى. وهو المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وهو من المفردات.

فيستحق - على اختيار المصنف ومن تابعه - فى هذه المسألة: ثلاثة من تسعة. وهى الثلث. على قول الأصحاب: يستحق ثلاثة عشر من أربعين. وهى أقل من الثلث.

قوله: «ثُمَّ تَضْرِبُ إِحْدَاهُمَا أَوْ وَفَّقَهَا فِي الْأُخْرَى إِنْ اتَّفَقَا. وَتَجْزَىٰ بِإِحْدَاهُمَا إِنْ تَمَازَلَتَا، أَوْ بِأَكْثَرِهِمَا إِنْ تَنَاسَبَتَا».

هكذا قال الأصحاب. وقال فى الرعاية، وقيل: المناسب هنا نوع من الموافق.

تنبيه: مراده بقوله «أعطى نصف ميراث ذكر، ونصف ميراث أنثى» إذا كان يرث بهما متفاضلا، كولد الميت أو ولد ابنه.

أما إذا ورت بكونه ذكراً فقط - كولد أخى الميت أو عمه ونحوه - فله نصف ميراث ذكر لا غير، أو ورث بكونه أنثى فقط - كولد أب خنثى مع زوج وأخت لأبوين ونحوه - فله نصف ميراث أنثى لا غير. أو يكون الذكر والأنثى لا تفاضل

(١) قطع به المصنف فى المغنى (وقال نص عليه أحمد ولأن حالتيه تساوتا فوجبت التسوية بين حكميهما) المغنى (١١٥/٧).

كتاب الفرائض ٣٢٣
بينهما - كولد الأم - فإنه يعطى سدسًا مطلقًا، أو كان الخنثى سيدًا معتقًا. فإنه عصبية بلا نزاع.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَا خُنْثَيْنِ فَأَكْثَرُ: نَزَلَتْهُمْ بَعْدَ إِخْوَاهُمْ﴾.

وهو المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. منهم ابن عقيل، والمصنف^(١)، وغيرهم. وقدمه في المحرر^(٢)، والنظم، والفروع، والفائق، والحاوي الصغير، والمصنف، وغيرهم.

وقال أبو الخطاب: ينزلهم حالين: مرة ذكورًا، ومرة إناثًا. وقدمه في الرايتين. وقال في الفروع، قال ابن عقيل: تقسم التركة، ولا توقف مع خنثى مشكل على الأصح. وقال في الفائق: وفيه وجه: ينزلون حالين فقط، ذكورًا وإناثًا. اختاره أبو الخطاب، مع مزاحمتهم مع غيرهم من وجه واحد.

وفيها وجه ثالث، وهو: قسمة مستحقيهم بينهم على أنصبتهم منفردين. فلو كان الوارث ابنًا وولدين خنثيين: صحت من مائتين وأربعين، على تنزيلهم على الأحوال. للابن ثمانية وتسعون، ولكل خنثى أحد وسبعون.

وتصح على الحالين من أربعة وعشرين: عشرة للابن، ولكل خنثى سبعة. وعلى الوجه الثالث: تصح من عشرة. للابن أربعة. ولكل خنثى ثلاثة. ولو كان الوارث ولدًا، أو ولد ابن خنثيين وعمًا: صَحَّت المسألة من أربعة وعشرين، ثمانية عشر للولد، وأربعة لولد الابن، وسهمان للعم.

وعلى العمل بالحالين يسقط ولد الابن هنا، لو كان مع ولد الصلب أخته. قاله في الرعاية الكبرى. وفي الصغرى «ولو كان» بزيادة واو.

فوائد

الأولى: لو أعطيت الخنثى اليقين قبل اليأس من انكشاف حالهم: نزلتهم بعدد أحوالهم، بلا خلاف. وكذا حكم المفقود كما تقدم.

(١) ذكره في المغنى فقال: (ذهب أكثرهم إلى أن يجعلوا مرة ذكورًا ومرة إناثًا ونعمل المسألة على هذا مرة وعلى هذا مرة ثم نضرب أحدهما في الأخرى إن تباينت أوفى وقفها إن اتفقتا ونجترئ بأحدهما أن تماثلتا أو باكثرهما أن تباينت فنضرب بهما في اثنين ثم تجمع ما لكل واحد منهما أن تماثلتا ونضرب ما لكل واحد منهما في الأخرى إن تباينت أو في وقفها أن ونضرب فتدفعه إليه ويسمى هذا مذهب المنزلين وهو اختيار أصحابنا) المغنى (١١٦/٧) والمغنى (١١٩/٧).

(٢) ذكره أيضًا في المحرر مقدمًا. المحرر (٤٠٩/١).

٣٢٤ كتاب الفرائض

الثانية: لو صالح الخنثى اليقين المشكل من معه على ما وقف له: صح، إن كان بعد البلوغ، وإلا فلا.

الثالثة: قال المصنف^(١): لقد وجدنا في عصرنا شيئاً لم يذكره الفرضيون. فإذا وجدنا شخصين ليس لهما في قبلهما مخرج، لا ذكر، ولا فرج. أما أحدهما: فذكروا أنه ليس له في قبله إلا لحمه ناتمة كالربوة. يرشح البول منها رشحاً على الدوام.

والثاني: ليس له إلا مخرج واحد واحد فيما بين المخرجين، منه يتغوط ومنه يبول وسألت من أخبرني عن زيه؟ فقال: يلبس لبس النساء ويخالطهن، ويغزل معهن، وبعد نفسه امرأة.

وحدثت أن في بلاد العجم شخصاً ليس له مخرج أصلاً، لا قبل ولا دبر. وإنما يتقيأ ما يأكله ويشربه.

قال المصنف^(٢): فهذا - وما أشبهه - في معنى الخنثى، لكنه لا يمكن اعتباره بماله فإن لم يكن له علامة أخرى فهو مشكل. انتهى.

وقال في الرعاية الكبرى، في موضع: ومن له ثقب واحد يخرج منه البول والمنى والدم: فله حكم الخنثى.

وقال في موضع آخر: وإن كان له ثقب واحد يرشح منه البول: فهو خنثى مشكل، كما تقدم.

* * *

باب ميراث الغرقى ومن عُمى موتهم

قوله: ﴿وَإِذَا مَاتَ مُتَوَارِتَانِ، وَجْهَلْ أَوْلُهُمَا مَوْتًا، كَالْغَرَقَى وَالْهَذَمَى وَاخْتَلَفَ وَارِثُهُمَا فِي السَّابِقِ مِنْهُمَا﴾.

إذا مات متوارتان وجهل أولهما موتاً. فلا يخلو: إما أن يجهلوا السابق ويختلفوا فيه، أو يجهلوا السابق ولا يختلفون فيه.

فإن جهلوا السابق ولم يختلفوا فيه، فالصحيح من المذهب: أن كل واحد من الموتى

(١) ذكره المصنف في المغنى بنصه وتماه بكل هذه الصورة التي ذكرها. المغنى (١٢٠/٧).

(٢) ذكره أيضاً المصنف في المغنى بنصه وتماه. المغنى (١٢١/٧).

كتاب الفرائض ٣٢٥

يرث صاحبه من تلاد ماله.، دون ما ورثه من الميت. لئلا يدخله الدور. نص عليه.

قال المصنف هنا^(١): هذا ظاهر المذهب.

وجزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في الفروع، وغيره.

وقال: نص عليه. اختاره الأكثر. وهو من مفردات المذهب.

وخرج أبو بكر ومن بعده منع توارث بعضهم من بعض.

وهذا التخريج من المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله، فيما إذا اختلف ورثة كل ميت في السابق منهما، ولا بينة في المسألة الآتية بعد هذه.

واختاره المصنف، والمجد^(٢)، وحفيده الشيخ تقي الدين رحمهما الله، وصاحب الفائق.

فائدة: لو علم السابق منهما موتاً، ثم نسي، أو جهلوا، فالصحيح من المذهب: أن حكمها حكم المسألة. وعليه أكثر الأصحاب.

قال القاضي: هو قياس المذهب.

وقدمه في المحرر^(٣)، والفروع، والفائق، والزر كشي.

قال في القواعد: هذا المذهب. وقيل: يعين بالقرعة.

قال الأزجى: إنما لم نُجَزِ القرعة هنا: لعدم دخولها في النسب.

قال القاضي: لا يمتنع أن نقول بالقرعة هنا.

وذكر البونى: أنه يعمل باليقين ويقف مع الشك، حتى يتبين الأمر أو يصطلحوا. واختاره المصنف، والشارح أيضاً.

والمسألة الثانية: إذا جهلوا السابق. واختلف وارثهما في السابق منهما، ولا بينة، أو كانت بينة وتعارضت: تخالفاً. ولم يتوراثا. على الصحيح من المذهب. نص عليه.

قال المصنف هنا^(٤): وهذا أحسن إن شاء الله تعالى.

واختاره الخرقى. قدمه في الفروع، وقال: اختاره الأكثر. وقدمه في الفائق، والزر كشي.

(١) قطع به المصنف في المغنى واختاره المغنى (١٨٦/٧).

(٢) قطع به في المحرر فقال (وإن جهلوا كيف ماتا أو تحققوا السابق وجهلوا ورث كل واحد منهما من صاحبه من تلاد ماله دون ما ورثه عن الميت معه فيقدر أحدهما مات أولاً ويورث الآخر من تركته ثم يقسم إرثه منها على ورثته الأحياء ثم يصنع بالآخر وتركته كذلك) المحرر (١/ ٤١٠).

(٣) ذكره في المحرر مقدماً. المحرر (١/ ٤١٠).

(٤) قطع به المصنف في المغنى (١٨٧/٧).

٣٢٦ كتاب الفرائض

وقال جماعة: يتورثان، منهم أبو الخطاب.

قال القاضي في المجرد، وابن عقيل: هذا قياس المذهب.

وجعله المصنف هنا ظاهر المذهب.

وقيل: يقرع بينهما.

قال ابن أبي موسى: القرعة تعين أسبقهما. وضعفه أبو بكر في كتاب الخلاف
وقال جماعة من الأصحاب: وإن تعارضت البينة - وقلنا بالقسمة - قسم بينهما ما
اختلفا فيه نصفين. قاله في القواعد.

والوجه الرابع: - وهو اختيار أبي بكر في كتاب الخلاف: - أنه يقسم القدر
المتنازع فيه من الميراث بين مدعييه نصفين. وعليهما اليمين في ذلك. كما لو تنازعا
دابة في أيديهما.

ويأتى هذا بعينه في كلام المصنف، في «باب تعارض البينتين».

فوائد

الأولى: لو عين الورثة موت أحدهما، شكوا، هل مات الآخر قبله، أو بعده؟
ورث من شك في وقت موته من الآخر. لأن الأصل بقاؤه. وهذا المذهب. قدمه في
المحرر^(١)، والفروع، والفائق.

وقيل: لا توارث بينهما.

قال في المحرر^(٢): وهو بعيد.

قال في الفائق: وهو ضعيف.

الثانية: لو تحقق موتهما معاً: لم يتوارثا اتفاقاً.

الثالثة: - وهي غريبة - لو مات أخوان عند الزوال - أحدهما: بالمشرق،
والآخر: بالمغرب - ورث الذي مات بالمغرب من الذي مات بالمشرق، لموته قبله بناء
على اختلاف الزوال. قاله في الفائق.

وقال: ذكره بعض العلماء. قال: وهو صحيح.

(١) ذكره في المحرر مقدماً فقال (ولو عين الورثة وقت موت أحدهما وشكوا هل الآخر قبله أو بعده ورث

من شك في وقت موته من الآخر إذ الأصل بقاؤه) المحرر (١/٤١٠)

(٢) عقب به صاحب المحرر على الرواية الثانية فقال (وقيل لا توارث بينهما بحال وهو متعذر)
المحرر (١/٤١٠).

كتاب الفرائض ٣٢٧

قلت: فيعابى بها.

ولو ماتا عند ظهور الهلال، قال فى الفائق: فتعارض فى المذهب. والمختار أنه كالزوال. انتهى.

فيعابى بها أيضاً على اختياره.

* * *

باب ميراث أهل الملل

قوله: ﴿لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ، وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ﴾.

هذا المذهب^(١). وعليه الأصحاب.

وقال الشيخ تقي الدين - رحمه الله - يرث المسلم من قريه الكافر الذمى لئلا يمتنع قريه من الإسلام، ولوجوب نصرتهم ولا ينصروننا.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أنه لا يرث بينهما بالولاء. وهو إحدى الروايتين.

والصحيح من المذهب: أنه يرث بالولاء. قدمه فى المحرر^(٢)، والفروع، والفائق، وغيرهم.

ويأتى ذلك فى كلام المصنف فى «باب الولاء».

قوله: ﴿إِلَّا أَنْ يُسْلِمَ قَبْلَ قَسَمِ مِيرَاثِهِ، فَيَرِثُهُ﴾.

وكذا لو كان مرتدًا. على ما يأتى فى كلام المصنف. هذا المذهب. جزم به فى الوجيز، وغيره.

قال فى الرعايتين: هذا المذهب. قال الزركشى: هذا المشهور.

واختاره الشريف، وأبو الخطاب فى خلافيهما. وقدمته فى المحرر^(٣)، والفروع، والفائق، وهو من المفردات.

وعنه: ﴿لَا يَرِثُ﴾.

(١) قطع به المصنف فى المغنى وذكره إجماعاً فقال: (أجمع أهل العلم على أن الكافر لا يرث المسلم ولا يرث المسلم الكافر لما روى أسامة بن زيد عن النبى - ﷺ - أنه قال ولا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر) متفق عليه. ولأن الولاية منقطعة بين المسلم والكافر فلم يرثه المغنى (١٦٥ / ٧) والشرح (١٥٩ / ٧) والكافى (٣١١ / ٢) والمحرر (٤١٣ / ١) والعمدة (٣٢٣).

(٢) ذكره فى المحرر مقدماً فقال: (ولا يرث مسلم كافر ولا كافر مسلماً إلا بالولاء) المحرر (٤١٣ / ١).

(٣) ذكره أيضاً فى المحرر مقدماً فقال: (فإن أسلم الكافر قبل القسمة لميراث المسلم ورث) المحرر (٤١٣ / ١).

٣٢٨ كتاب الفرائض

صححه جماعة. واختاره فى الفائق.

قال فى القاعدة الخامسة والأربعين بعد المائة: وحكى القاضى عن أبى بكر: أن الزوجين لا يتوارثان بالإسلام قبل القسمة بحال.

قال: وظاهر كلام الأصحاب خلافه، وأنه لا فرق بين الزوجين وغيرهما.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف وغيره: أنه سواء كان المسلم زوجة أو غيرها ممن يرث. وهو صحيح. وصرح به القاضى وغيره. ونص عليه فى رواية البرزاطى ما لم تنقض عدتها.

وقيل: لا ترث الزوجة إذا أسلمت.

قال فى الفائق: ولو كان المسلم زوجة: لم ترث فى قول أبى بكر. وورثها القاضى.

وهو ظاهر كلام الخرقى. ذكره ابن عقيل.

قال فى القواعد- بعد أن قطع بالأول - وعلى هذا: لو أسلمت المرأة أولاً، ثم ماتت فى مدة العدة: لم يرثها زوجها الكافر، ولو أسلم قبل القسمة لا نقطع علق الزوجية عند موتها.

قوله: ﴿وَإِنْ عَتَقَ عَبْدٌ بَعْدَ مَوْتِ مُوَرِّثِهِ، وَقَبْلَ الْقِسْمَةِ: لَمْ يَرِثْ وَجْهًا وَاحِدًا﴾.

قال فى الهداية، وغيرها: رواية واحدة. وهو الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

وجزم به فى المحرر^(١)، والوجيز، والمنور، وغيرهم.

قال فى الرعايتين، والحاوى الصغير: هذا المذهب.

وقدمه فى الفائق، وغيره. صححه فى الفروع، وغيره.

وعنه: يرث. ذكرها ابن أبى موسى. وخرجه التميمى على الإسلام.

فائدة: قال فى القاعدة السادسة والخمسين: ولو وجدت الحرية عقب موت المورث، أو معه - كتعليق العتق على ذلك أو دين ابن عمه - ثم مات: لم يرث. ذكره القاضى، وصاحب المغنى^(٢).

(١) قطع به فى المحرر فقال (لا يرث الرقيق بعتق قبل القسمة) المحرر (١/٤١٣).

(٢) وقطع به المصنف فى المغنى. المغنى (٧/١٧٣).

كتاب الفرائض ٣٢٩

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: ينبغي أن يخرج على الوجهين فيما إذا حدثت الأهلية مع الحكم: هل يكتفى بها، أو يشترط تقدمها.

قوله: ﴿وَيَرِثُ أَهْلُ الذِّمَّةِ بَعْضُهُمْ بَعْضًا، إِنْ اتَّفَقَتْ أَدْيَانُهُمْ، وَهُمْ ثَلَاثُ مِلَلٍ: الْيَهُودِيَّةُ، وَالنَّصْرَانِيَّةُ، وَدِينُ سَائِرِهِمْ﴾.

هذا إحدى الروايات.

قال الزركشي: هذا قول القاضي، وعامة الأصحاب. جزم له في الوجيز.

وعنه: رواية ثانية: أنهم ملل شتى مختلفة. وهو الصحيح من المذهب. اختاره أبو بكر، والمصنف^(١)، والشارح. وقدمه في المحرر^(٢)، والفروع.

فعلى هذا: الجوسية ملة، وعبدية الأوثان ملة. وعباد الشمس ملة.

وعنه: أن الكفر ملة واحدة. اختاره الخلال. وقدمه ابن رزين في شرحه.

وعنه: اليهودية والنصرانية ملتان، والجوسية والصابئة ملة.

وقيل: الصابئة كاليهودية. وقيل: كالنصرانية.

وقد تقدم في أول «باب عقد الذمة» أن الإمام أحمد رحمه الله قال: هم جنس من النصارى.

وقال في موضع آخر: بلغنى أنهم يَسْتَبْتُونَ.

وقيل: من لا كتاب له: ملة واحدة. وأطلقهن في الفائق.

قوله: ﴿وَإِنْ اخْتَلَفَتْ أَدْيَانُهُمْ: لَمْ يَتَوَارَثُوا﴾.

هذا المذهب. اختاره أبو بكر، والشريف، وأبو الخطاب - في خلافهما - وغيرهم.

وجزم به في الوجيز. قدمه في الفروع.

وعنه يتوارثون جزم به في المنور. اختاره الخلال.

قدمه في المحرر^(٣)، فقال: يرث الكفار بعضهم بعضا، وإن اختلف مللهم وقدمه

(١) قطع به المصنف في المعنى فقال: (فأما الكفار فيتوارثون إذا كان دينهم واحدا لا نعلم بين أهل العلم

فيه خلافا وقول النبي ﷺ «لا يرث المسلم الكافر» دليل على أن بعضهم يرث بعضا وقوله «لا يتوارث

أهل ملتين شتى» دليل على أن أهل الملة الواحدة يرث بعضهم بعضا) المعنى (١٦٧/٧).

(٢) ذكره في المحرر فقال: (ويرث الكفار بعضهم بعضا وإن اختلفت مللهم) المحرر (١/٤١٣).

(٣) ذكره في المحرر بنصه وتامه. المحرر (١/٤١٣).

٣٣٠ كتاب الفرائض

ابن رزين فى شرحه. وهو مقتضى كلام الخرقي.
وأطلقهما فى الكافى^(١).

وقال القاضى: يتوارثون إذا كانوا فى دار الحرب.

تنبيه: الخلاف هنا مبنى على الخلاف فى الملل.

فإن قلنا الملل مختلفة: لم يتوارثوا مع اختلافهم.

وإن قلنا الكفر كله ملة واحدة: توارثوا.

قوله: ﴿وَلَا يَرِثُ ذِمِّيٌّ حَرْبِيًّا، وَلَا حَرْبِيٌّ ذِمِّيًّا﴾.

ذكره القاضى، ذكره أبو الخطاب فى التهذيب اتفاقاً.

قال فى المحرر^(٢)، والفائق: لا يتوارثون عند أصحابنا.

وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير، شرح ابن رزين.

قال الزركشى: منعه القاضى، وكثير من الأصحاب.

ويحتمل أن يتوارثا. وهو المذهب. نص عليه فى رواية يعقوب.

وذكره القاضى فى التعليق.

وذكر أبو الخطاب فى الانتصار: أنه الأقوى فى المذهب.

قال المصنف^(٣): هو قياس المذهب. وجزم به فى الوجيز.

وقدمه فى المحرر^(٤)، والفروع، والفائق، والزركشى.

فائدة: يرث الحربى المستأمن وعكسه. ويرث الذمى المستأمن وعكسه على

الصحيح من المذهب.

جزم به فى الفائق، والرعايتين، والحاوى الصغير، وغيرهم.

(١) ذكر الاطلاق فى الكافى على روايتين قال: (ويرث الكفار بعضهم بعضاً وإن اختلفت أديانهم فى أحد الروايتين لأن مفهوم قوله - ﷺ - «ولا يرث مسلم كافراً ولا كافر مسلماً» أن الكفار يتوارثون. الثانية: لا يرث أهل ملة أخرى لما روى ابن عمر قال: قال رسول الله - ﷺ - «لا يتوارث أهل ملتين» فأشبه اختلافهم رواه أبو داود ولأن الموالاة منقطعة بينهم فأشبه اختلافهم بالكفر والإسلام) الكافى (٣١٢/٢).

(٢) ذكره فى المحرر بنصه وقامه مؤخراً. المحرر (٤١٣/١).

(٣) قطع به المصنف فى المغنى فقال (وقياس المذهب عندى أن أهل الملة الواحدة يتوارثون وإن اختلفت ديارهم لأن العمومات من النصوص تقضى تورثهم ولم يرد بتخصيصهم نص ولا إجماع) المغنى (١٦٨/٧).

(٤) ذكره فى المحرر مقدماً فقال (ويتوارث الذمى المستأمن والمستأمن الحربى وكذلك الذمى والحربى نص عليه) المحرر (٤١٣/١).

كتاب الفرائض ٣٣١

وقدمه فى الفروع، وغيره.

وقال فى المنتخب: يرث المستأمن ورثته الذين بدار الحرب. لأنه حربى.

وقال فى الترغيب: هو فى حكم ذمى. وقيل: حربى.

قوله: ﴿وَالْمُرْتَدُّ لَا يَرِثُ أَحَدًا، إِلَّا أَنْ يُسْلِمَ قَبْلَ قَسَمِ الْمِيرَاثِ﴾.

فإذا لم يسلم لم يرث أحدا. وإن أسلم قبل الميراث: فحكمه حكم الكافر الأصلى إذا أسلم قبل قسم الميراث، على ما تقدم خلافاً ومذهباً. فليعاود.

ورثته قبل قسم الميراث: من مفردات المذهب، كما تقدم فى الكافر الأصلى.

قوله: ﴿وَإِنْ مَاتَ فِي رَدِّهِ فَمَالُهُ فِيَّ﴾.

هذا الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.

قال فى الهداية: على ذلك عامة أصحابنا.

قال القاضى: هذا الصحيح من المذهب. وكذا قال الشارح فى باب المرتد.

وقال هنا: هذا المشهور.

قال الزركشى: اختاره القاضى، وأصحابه، وعامة الأصحاب.

وحزم به فى العمدة^(١)، والوجيز، والمنور، ومنتخب الأزجى، وغيرهم.

وقدمه فى الكافى^(٢)، والمحرم^(٣)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق.

وعنه: أنه لورثته من المسلمين. اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله.

وعنه: أنه لورثته من أهل الدين الذى اختاره.

قال الزركشى: بشرط أن لا يكونوا مرتدين.

وروى ابن منصور: أنه رجع عن هذا القول. وأطلقهن فى الهداية، والمذهب.

فائدتان

إحدهما: الزنديق - وهو المنافق - كالمرتد على ما تقدم. على الصحيح من المذهب، خلافاً ومذهباً.

(١) قطع به فى العمدة فقال: (والمرتد لا يرث أحداً وإن مات فماله فىء) العمدة (٣٢٣).

(٢) قدمه فى الكافى فقال (ولا يرثه أحد لذلك ماله فىء) الكافى (٢/ ٣١١).

(٣) ذكره أيضاً فى المحرم مقدما فقال (فإن مات أو قتل على رده فماله فىء) المحرم (١/ ٤١٣).

٣٣٢ كتاب الفرائض

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: يرث ويورث.
 الثانية: كل مبتدع داعية إلى بدعة مكفرة: فماله فيء. نص عليه في الجهمي وغيره. وسيأتي ذلك في باب موانع الشهادة.
 وعلى الأصح من الروايتين: أو غير داعية. وهما في غسله والصلاة عليه وغير ذلك.
 ونقل الميموني، في الجهمي إذا مات في قرية ليس فيها إلا نصارى - من يشهده؟ قال: أنا لا أشهده. يشهده من شاء.
 قال ابن حامد: ظاهر المذهب: خلافها، على نقل يعقوب وغيره، وأنه بمثابة أهل الردة في وفاته وماله ونكاحه.
 قال: وقد يتخرج على رواية الميموني: أنه إن تولاه متول: فإنه يحتمل في ماله وميراثه أهله: فوجهان.

قوله: ﴿وَإِنْ أَسْلَمَ الْجَوْسِيُّ، أَوْ تَحَاكَمُوا إِلَيْنَا: وَرِثُوا بِجَمِيعِ قَرَابَاتِهِمْ﴾.
 هذا المذهب. وعليه الأصحاب.

وعنه: يرثون بأقواها. وهي ما يرث بها مع ما يسقط الأخرى. ذكرها حنبل. ومنعها أبو بكر.

فائدة: حكم ما إذا أولد المسلم ذات محرم وغيرها بشبهة تثبت النسب: حكم الجوس في إرثهم بجميع قراباتهم. قاله الأصحاب.
 وقال المصنف^(١)، والشارح: كذا الحكم في كل من أجرى مجرى الجوس ممن ينكح ذوات المحرم.

* * *

باب ميراث المطلقة

قوله: ﴿وَإِنْ طَلَّقَهَا فِي مَرَضٍ الْمَوْتِ الْمَخُوفِ طَلَّاقًا لَا يُتَّهَمُ فِيهِ، بَأَن سَأَلَتْهُ الطَّلَاقَ، أَوْ عَلَّقَ طَلَّاقَهَا عَلَى فِعْلٍ لَهَا مِنْهُ بُدٌّ، فَفَعَلَتْهُ، أَوْ عَلَّقَهُ فِي الصَّحَّةِ عَلَى شَرْطٍ فَوُجِدَ فِي الْمَرَضِ، أَوْ طَلَّقَ مَنْ لَا تَرِثُ - كَالْأُمَةِ وَالذَّمِيَّةِ - فَعَتَقَتْ وَأَسْلَمَتْ: فَهُوَ كَطَّلَاقِ الصَّحِيحِ. فِي أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ﴾.

(١) قطع به المصنف في المغني فقال (في ميراث الجوسى ومن جرى مجراه من ينكح ذوات المحارم إذا أسلموا أو تحاكموا إلينا لا يرثون بنكاح ذوات المحارم) المغني (٧/ ١٧٨).

كتاب الفرائض ٣٣٣
ذكر المصنف هنا مسائل: منها: إذا سألته. فأجابها إلى سؤالها. أو علقه على فعل لها منه بد ففعلته عالمة؛ فالصحيح من المذهب: أنه كطلاق الصحيح، كما صححه المصنف هنا.

وصححه صاحب الهداية، والمذهب، والخلاصة، والمصنف^(١)، والشارح وصاحب الفائق، وغيرهم.

وجزم به في الوجيز. وقدمه في المحرر^(٢)، والفروع.

والرواية الثانية: هو كطلاق متهم فيه. اختاره صاحب المستوعب، والشيخ تقى الدين. وأطلقهما في الرعايتين، والحاوي الصغير.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أنها لو سألته أن يطلقها طليقة. فطلقها ثلاثاً: أنه كطلاق الصحيح وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

قال أبو محمد الجوزي: إذا سألته الطلاق، فطلقها ثلاثاً: لم ترثه.

قال في الفروع: وهو معنى كلام غيره.

وقد أحسن المصنف في قوله «إن لم أطلقك: فأنت طالق» أنه إن علقه على فعلها، ولا مشقة عليها فيه، فأبى ذلك: لم يتوارثا.

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله: ترث. لأنه متهم فيه. وقدمه في الفروع.

قلت: وهو الصواب.

فائدتان

إحداهما: لو خالغته، فهو كطلاق الصحيح. على الصحيح من المذهب، وعليه جماهير الأصحاب. وقيل: ترث منه.

الثانية: لو قذفها في صحته، ولاعنها في مرضه مطلقاً- وقيل: لنفى الحد، لا لنفى الولد- أو علق طلاقها حالة الصحة على فعل لها لا بد لها منه، فعلته في المرض: ورثته فيهما، على أصح الروايتين. قاله في المحرر^(٣)، والفروع، والفائق.

وعنه: لا ترث. جزم به جماعة من الأصحاب في المسألة الأولى.

(١) قدمه المصنف في المغنى في إحدى الروايتين فقال فيه روايتان: إحداهما: لا ترثه لأنه ليس بفار والصحيح أنها لا ترثه لا فرار منه المغنى (٧/ ٢٢٣).

(٢) ذكره في المحرر مقدماً. المحرر (١/ ٤١٢).

(٣) ذكره في المحرر بنصه وتماه. المحرر (١/ ٤١٢).

٣٣٤ كتاب الفرائض

ومن مسائل المصنف: إذا علقه في الصحة على شرط، فوجد في المرض، فالصحيح من المذهب: أنه كطلاق الصحيح. صححه المصنف، والشارح، وصاحب الفائق، وغيرهم. جزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في الكافي^(١)، والمغني^(٢)، والمحرم^(٣)، وغيرهم.

وعنه: أنه كمتهم فيه. وأطلقهما في الرعايتين، والحاوي الصغير.

قال في الفروع: وإن علقه بشهر معلوم، فجاء في مرضه: فروايتان.

ومن مسائل المصنف أيضاً: إذا طلق من لا ثرت - كالأمة والذمية - فعتقت وأسلمت. فالصحيح من المذهب: أنه كطلاق الصحيح.

جزم به في الكافي^(٤)، والمغني^(٥)، والوجيز، وغيرهم. وقدمه في المحرم^(٦)، والشرح.

وعنه: أنه كطلاق متهم فيه، وأطلقهما في الرعايتين، والحاوي الصغير.

فوائد

الأولى: قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ مُتَّهَمًا بِقَصْدٍ حَرَمَائِهَا الْمِيرَاثُ: وَرِثَتُهُ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ﴾.

فمن ذلك: لو أقر في مرضه أنه أبانها في صحته. فهذا متهم فيه. فترثه. على الصحيح من المذهب.

وقطع به المصنف في هذا الكتاب. وفي كتاب الإقرار.

وقال في منتخب للشيرازي: لا ترثه.

قلت: وهو بعيد.

ومن ذلك: لو وطئ حماته: لم يقطع إرث زوجته. لكن يشترط أن يكون عاقلاً. على الصحيح من المذهب.

(١) قدمه في الكافي فقال: (وإن علق طلاقها في صحته على شرط وحد في مرضه لم ترثه كذلك) الكافي (٣١٣/٢).

(٢) ذكره في المغني كما في الكافي. المغني (٣٢٤/٧).

(٣) قدمه أيضاً في المحرم. المحرم (٤١٢/١).

(٤) قطع به في الكافي فقال: (وإن قال لزوجته الذمية أو الأمة وهو مريض إذا اعتقت أو أسلمت فأنث طالق فعتقت الأمة وأسلمت الذمية فهو كطلاقه لحررة مسلمة) الكافي (٣١٤/٢).

(٥) قطع به في المغني كما في الكافي النقطة السابقة. المغني (٢٢٢/٧).

(٦) ذكره في المحرم مقديماً. المحرم (٤١١/١).

كتاب الفرائض ٣٣٥

وقيل لا بد أن يكون مكلفاً. جزم به فى الرعايتين، والحاوى الصغير.
الثانية: لو وكل فى صحته من يبينها متى شاء، فأبانها فى مرضه: لم يقطع ذلك
إرثها منه.

الثالثة: قوله: ﴿أَوْ عَلَّقَهُ عَلَىٰ فِعْلٍ لَا بُدَّ مِنْهُ، كَالصَّلَاةِ وَنَحْوِهَا﴾.
قال فى الرعاية الكبرى، وقيل: وكلام أبويها، أو أحدهما.
قال الأصحاب: لا بد لها منه شرعاً، كما مثل. أو عقلاً، كأكل وشرب ونوم
ونحوه.

قوله: ﴿وَرِثَتُهُ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ. وَلَمْ يَرِثْهَا﴾ هو بلا نزاع ﴿وَهَلْ تَرِثُهُ بَعْدَ
الْعِدَّةِ، أَوْ تَرِثُهُ الْمُطَلَّقةُ قَبْلَ الدُّخُولِ؟ عَلَىٰ رِوَايَتَيْنِ﴾.

يعنى: إذا فعل فعلاً يتهم فيه بقصد حرمانها. فإنها ترثه ما دامت فى العدة. بلا نزاع.
﴿وَلَا يَرِثُهَا هُوَ﴾ بلا نزاع ﴿وَهَلْ تَرِثُهُ بَعْدَ الْعِدَّةِ أَوْ تَرِثُهُ الْمُطَلَّقةُ قَبْلَ الدُّخُولِ﴾.
أطلق المصنف فيه روايتين. وأطلقهما فى الهداية، والمستوعب، والكافى^(١)،
وأطلقهما فى النظم فى الأولى.
إحداهما: ترثه بعد العدة، ولو كانت غير مدخول بها، ما لم تتزوج وهو الصحيح
من المذهب.

قال فى الفروع: نقله - واختاره - الأكثر.
قال المصنف^(٢)، والشارح، وغيرهما: هذا المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله.
قال فى المذهب: هذا أصح الروايتين.
قال أبو بكر: لا يختلف قول أبى عبد الله فى الدخول بها: أنها ترثه فى العدة
وبعدها. ما لم تتزوج. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع، والفائق.
والرواية الثانية: لا ترثه. واختاره فى التبصرة، فى الدخول بها.
وصححه فى النظم فيها. وقدمه فيهما فى المحرر^(٣)، والرعايتين، والحاوى الصغير.
وهو ظاهر ما قدمه المصنف فى آخر الباب. حيث جعل الميراث للزوجات اللاتى فى

(١) ذكر فيها صاحب الكافى الإطلاق فقال (وإن طلق امرأة قبل الدخول فهل ترثه؟ فيه روايتان كالتى

انقضت عدتها) الكافى (٣١٤/٢).

(٢) ذكره المصنف بنصه وتماه فى المغنى فقال (المشهور عن أحمد أنها ترثه فى العدة وبعدها ما لم تتزوج)
المغنى (٢١٨/٧).

(٣) قدمه فى المحرر فقال (فإن انقضت العدة أو كان الطلاق قبل الدخول لم ترثه) المحرر (٤١١/١).

٣٣٦ كتاب الفرائض

عصمته. ولم يعط المطلقات شيئاً، فيما إذا طلق أربعاً، وانقضت عدتهن، وتزوج بعدهن أربعاً. ومات عنهن.

قال أبو بكر: إذا طلق ثلاثاً قبل الدخول في المرض: فيها أربع روايات.

إحدها: لها الصداق كاملاً، والميراث. وعليها العدة. واختاره.

قال المصنف^(١)، وغيره: ينبغي أن تكون العدة عدة وفاة.

قلت: فيعابى بها في الصداق.

والثانية: لها الميراث والصداق. ولا عدة عليها.

والثالثة: لها الميراث ونصف الصداق. وعليها العدة.

والرابعة: لا ترث ولا عدة عليها. ولها نصف الصداق. انتهى.

ويعابى بها، حيث أوجبنا العدة.

وأطلق في تكميل المهر وعدمه الروايتين في المحرر، والنظم، والرعايتين، والحاوى الصغير، وغيرهم.

وقدم تكميل المهر ابن رزين في شرحه. وهو ظاهر ما قدمه في الفروع.

وظاهر كلام أكثر الأصحاب: أنه لا يكمل. لما ذكره في الصداق.

تنبيه: حيث قلنا: ترث. فإنه يشترط أن لا ترث. فإن ارتدت: لم ترث قولاً واحداً.

فلو أسلمت بعده: لم ترث أيضاً. على الصحيح من المذهب. قدمه في المحرر^(٢)، والفائق. وصححه.

وعنه: ترث. وأطلقهما في الرعايتين، والفروع، والحاوى الصغير.

قوله: ﴿فَإِنْ أَكْرَهَ ابْنُ امْرَأَةِ أَبِيهِ فِي مَرَضٍ أَبِيهِ عَلَى مَا يَفْسَخُ بِكَاحِهَا: لَمْ يَنْقَطِعْ مِيرَاثُهَا﴾.

مراده: إن كان الابن عاقلاً.

وقوله: ﴿إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ امْرَأَةٌ سِوَاهَا﴾.

(١) ذكره في المغنى أول الروايات الأربعة (الائى) ذكرهن فقال (لها الصداق كاملاً والميراث وعليها العدة لأن الميراث ثبت للدخول بها لفراره منه وهذا فار وإذا ثبت الميراث وثبت تكميل الصداق وينبغى أن تكون العدة عدة الوفاة لأنها جعلناها في حكم من توفي عنها وهى زوجه ولأن الطلاق لا يوجب عدة على غير مدخول بها) المغنى (٧/٢٢٠).

(٢) قدمه صاحب المحرر (١/٤١١).

كتاب الفرائض ٣٣٧

مقيد بما إذا لم يتهم فيه، فيه وجود امرأة سواها. وهو واضح.
والصحيح من المذهب^(١)، وعليه الأصحاب: أن الاعتبار بحالة الإكراه.
وذكر بعضهم: إن انتفت التهمة بقصد حرمانها الإرث، أو بعضه: لم ترثه في
الأصح.

قال في الفروع، ويتوجه منه: لو تزوج في مرضه مضارة، لينقص إرث غيرها،
وأقرت به: لم ترث.

ومعنى كلام شيخنا رحمه الله تعالى - وهو ظاهر كلام غيره -: ترثه. لأن له أن
يوصى بالثلث.

تنبيه: مفهوم قوله: «فإن أكره» أنها لو كانت مطاوعة: أنها لا ترث وهو صحيح.
وهو المذهب. وعليه الأصحاب. وعنه: ترث.

قوله: ﴿وَإِنْ فَعَلْتَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهَا مَا يَفْسَخُ نِكَاحَهَا: لَمْ يُسْقِطْ مِيرَاثُ
زَوْجِهَا﴾.

مراده: ما دامت في العدة. ومراده أيضا: إذا كانت متهمة في فسخه.
أما إذا كانت غير متهمة - كفسخ المعتقة إذا كانت تحت عبده -: فالصحيح من
المذهب: انقطاع الإرث.

وعنه: لا ينقطع. وهو ظاهر كلام المصنف هنا.
قوله: ﴿وَإِذَا طَلَّقَ أَرْبَعَ نِسَوَةٍ فِي مَرَضِهِ، فَأَنْقَضَتْ عِدَّتُهُنَّ. وَتَزَوَّجَ أَرْبَعًا
سِوَاهُنَّ: فَالْمِيرَاثُ لِلزَّوْجَاتِ. وَعَنْهُ: أَنَّهُ لِلثَّمَانِ﴾.

اعلم أن الخلاف الذي ذكره المصنف هنا: مبني على الخلاف الذي تقدم في
المطلقة المتهم في طلاقها إذا انقضت عدتها، ولم تتزوج، ولم ترث، عند جماهير
الأصحاب وبنوه عليه.

وتقدم هناك: أنها ترث. على الصحيح من المذهب، ما لم تتزوج. فكذا هنا فعلى
هذا: يكون الميراث للثمان. على الصحيح من المذهب.

فلو كانت المطلقة المتهم في طلاقها واحدة، وتزوج أربعا سواها، ولم تتزوج

(١) صرح به صاحب المحرر فقال: (ومن أكره زوجة أبيه أوجده المريض وهو له وراث على ما يفسخ
نكاحها لم يقطع إرثها إلا أن يكون له امرأة ترث سواها وسواه) المحرر (٤١٢/١) الكافي (٣١٤/٢)
المغنى (٢٢٥/٧) التشرح (١٨٥/٧).

٣٣٨ كتاب الفرائض

المطلقة بعد انقضاء عدتها حتى مات الزوج: كان الميراث بين الجهتين. على السواء على الصحيح من المذهب.

قدمه في المحرر^(١)، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع.

وعنه: ربه للمطلقة، وثلاثة أرباعه للأربع، إن تزوجهن في عقد واحد وإلا فثلثا السوابق. اختاره في المحرر^(٢)، والفائق. وحزم به في الوجيز. وغيره. وصححه في النظم. وقدمه في تجريد العناية.

وقال في الرعاية، وقيل: يحتمل أن كله للبائن. انتهى.

ولو كان مكان المطلقة أربعاً. فطلقهن، وتزوج أربعاً سواهن - كما مثل المصنف - فالميراث للثمان. على الصحيح من المذهب. كما تقدم. وللمطلقات، على اختيار صاحب المحرر^(٣)، والفائق.

وحزم به في الوجيز. وصححه في النظم. وقدمه في تجريد العناية.

وللزوجات فقط، على القول بأن المطلقات لا يرثن شيئاً.

وهو الذي قدمه المصنف هنا: واختاره هو والشارح.

ورد المصنف قول من يقول: إن الإرث للثمان، أو المطلقات.

وظاهر كلام من يقول ذلك: عدم البناء.

فلو مات إحدى المطلقات، أو تزوجت. فقسطها للزوجات المتجددات إن تزوجهن في عقد واحد. وإلا قدمت السابقة إلى كمال أربع بالمبتوتة.

تنبيه: أفادنا المصنف - رحمه الله تعالى - بقوله «وتزوج أربعاً سواهن، فالميراث للزوجات، وعنه: أنه بين الثمان» أن نكاحهن صحيح^(٤). وهو المذهب. وعليه الأصحاب. وعنه: لا يصح.

فوائد

إحداها: لو طلق واحدة من أربع، وتزوج واحدة بعد انقضاء عدتها. ثم مات واشتبهت المطلقة: أقرع بينهما. فمن قرعت فلاحظ لها في الميراث. ويقسم الميراث بين الأربع. فتستحق الجديدة الربع. نص عليه.

(١) ذكره في المحرر مقدماً (٤١١/١).

(٢) وذكره في المحرر وصححه فقال: (وعنه - وهو الأصح - أن ربه للمبتوتة وثلاثة أرباعه للأربع إن تزوجهن في عقد. المحرر (٤١١/١)).

(٣) ذكره في المحرر واختاره. المحرر (٤١١/١).

(٤) قطع به المصنف في المغنى (٢٣١/٧) والشرح (١٩١/٧) والمحرر (٤١١/١).

كتاب الفرائض ٣٣٩

قال فى الفروع: وإن مات عن زوجات لا ترثه بعضهن، لجهل عينها: أخرج
الوارثات بقرعة. انتهى.

وهذه القرعة هنا من مفردات المذهب.

الثانية: لو ادعت المرأة: أن زوجها أبانها، وجحد الزوج. ثم مات: لم ترثه المرأة
إن دامت على قولها^(١).

الثالثة: لو قبلها فى مرض الموت، ثم مات: لم ترثه، لخروجها من حيز التملك
والتملك. ذكره ابن عقيل، وغيره.

وقال فى الفروع: ويتوجه خلاف. كمن وقع فى شبكة صيد بعد موته.

وتقدم: هل تدخل الدية فى الوصية فى «باب الموصى به».

* * *

باب الإقرار بمشارك فى الميراث

فائدة: قوله: ﴿إِذَا أَقَرَّ الْوَرَثَةُ كُلُّهُمْ﴾.

يعنى: ولو كان الوارث واحداً: ﴿بِوَارِثٍ لِلْمَيِّتِ﴾.

سواء كان من حرة، أو أمة. نقله الجماعة.

﴿فَصَدَّقَهُمْ، أَوْ كَانَ صَغِيرًا﴾. وكذا لو كان مجنوناً: ﴿ثَبَّتَ نَسَبُهُ﴾.

ولكن بشرط أن يكون مجهول النسب.

ويأتى ذلك فى كلام المصنف فى كتاب الإقرار بأتم من هذا.

ويأتى أيضاً هناك: إذا أقر المريض لوارث، وبعده: إذا أقر من عليه الولاء
بوارث.

فائدة: قوله: ﴿يُعْتَبَرُ إِقْرَارُ الزَّوْجِ وَالْمَوْلَى الْمَعْتَقِ﴾.

إذا كانا من الورثة. ولو كانت بنتاً: صح، لإرثها بفرض ورد.

قوله: ﴿سَوَاءٌ كَانَ الْمُقَرُّ بِهِ يَحْجُبُ الْمُقِرَّ أَوْ لَا يَحْجُبُهُ﴾.

(١) قطع به فى المحرر فى آخر باب ميراث المطلقات. المحرر (٤١٢/١)

٣٤٠ كتاب الفرائض

أما إذا كان لا يحجبه مطلقاً، أو كان يحجبه حجب نقصان: فلا خلاف في ذلك. وهو واضح.

وأما إذا كان يحجبه حرمان، فالصحيح من المذهب: أن المقر به يرث إذا ثبت النسب. اختاره ابن حامد، والقاضي.

وجزم به في المحرر، والوجيز، والحاوي، والمغنى، والشرح، ونصره.

وقدمه في الفروع، والرعايتين.

وقد شمله كلام المصنف في قوله: ثبت نسبه وإرثه.

وقيل: لا يرث مسقط. واختاره أبو إسحاق.

وذكره الأزجى عن أصحابنا غير القاضي. وقال: إنه الصحيح.

فعلى هذا: هل يقر نصيب المقر به بيد المقر، أو يبيت المال؟ فيه وجهان.

وأطلقهما في الفروع، والفاائق، والرعاية الكبرى. وهو الذى خرجها.

قلت: الصواب: أنه يقر بيد المقر. وهى شبيهة بما إذا أقر لكبير عاقل بمال فلم يصدق. على ما يأتى فى آخر كتاب الإقرار.

تنبيه: مراده بقوله: «وَإِنْ أَقَرَّ بَعْضُهُمْ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ».

إذا كان البعض الذى لم يقر وارثاً. أما إذا كان المنكر لا يرث لمانع به-كالرق ونحوه - فلا اعتبار بإنكاره، ويرث. قاله فى الفروع، وغيره.

قلت: الذى يظهر أنه لم يدخل فى كلام المصنف.

لأن قوله «وَإِنْ أَقَرَّ بَعْضُهُمْ» يعنى بعض الورثة. وهذا ليس من أهل الورثة للمانع الذى به.

قوله: «وَإِنْ أَقَرَّ بَعْضُهُمْ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ».

يعنى مطلقاً. بل يثبت نسبه من المقرين الوراثين. على الصحيح من المذهب.

قدمه فى الفروع، والرعايتين، والحاوى الصغير، وغيره.

وقيل: لا يثبت. جزم به الأزجى، وغيره.

فلو كان المقر به أخاً، ومات المقر عن بنى عم: ورثوهم.

كتاب الفرائض ٣٤١

وعلى الأول: يرثه الأخ. وهل يثبت نسبه من ولد المقر المنكر له تبعاً، فثبت العمومة؟ فيه وجهان.

وأطلقهما في الفروع، والهداية، والمذهب، والخلاصة، في كتاب الإقرار. وظاهر ما قدمه في الرايتين، والحاوي: أنه يثبت. فإنهما قالوا: ويثبت نسبه وإرثه، من المقر لو مات.

وقيل: لا يثبتان. انتهى.

وصححه في التلخيص. وفي الانتصار خلاف، مع كونه أكبر أكبر سناً من أبي المقر، أو معروف النسب. انتهى.

ولو مات المقر، خلفه والمنكر: فإنه بينهما. فلو خلفه فقط: ورثه. وذكر جماعة إقراره له كوصية. فيأخذ المال في وجه، وثلثه في آخر.

وقيل: المال لبيت المال.

قوله: ﴿وَإِنْ أَقَرَّ بَعْضُهُمْ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ﴾.

هذا الصحيح من المذهب مطلقاً. وعليه الأصحاب. وقطع به الأكثر.

وعنه: إن أقر اثنان منهم على أبيهما بدين، أو نسب: ثبت في حق غيرهم إعطاء له حكم شهادة وإقرار.

وفي اعتبار عدالتهما الروايتان. قاله في الفروع.

قال في الفائق: في ثبوت النسب والإرث، بدون لفظ الشهادة: روايتان. وهما بإقرار بدين على الميت.

قال القاضي: وكذلك يخرج في عدالتهما. ذكره أبو الحسين في التمام.

قوله: ﴿إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ مِنْهُمْ عَدْلَانِ: أَنَّهُ وَلِدٌ عَلَى فِرَاشِهِ، أَوْ أَنَّ الْمَيِّتَ أَقَرَّ بِهِ﴾.

وكذا لو شهد أنه ولده. فإنه يثبت نسبه وإرثه. بلا نزاع.

فائدة: لو صدقه بعض الورثة إذا بلغ، أو عقل: ثبت نسبه، فلو مات وله وارث غير المقر: اعتبر تصديقه، وإلا فلا.

قوله: ﴿وَإِذَا خَلَفَ أَخًا مِنْ أَبِي، وَأَخًا مِنْ أُمٍّ. فَأَقَرَّ بِأَخٍ مِنْ أَبَوَيْنِ: ثَبَتَ نَسَبُهُ، وَأَخَذَ مَا فِي يَدِ الْأَخِ مِنَ الْأَبِ﴾.

٣٤٢ كتاب الفرائض

جزم به فى المغنى، والشرح، والفروع، وغيرهم. بناء منهم على المذهب وعليه الأصحاب.

وقال أبو الخطاب فى الهداية: يأخذ نصفه، وقطع به. قال فى المحرر: وهو سهو.
 قوله: ﴿فَلَوْ خَلَفَ ابْنَيْنِ، فَأَقْرَّ أَحَدَهُمَا بِأَخَوَيْنِ، فَصَدَقَهُ أَخُوهُ فِي أَحَدِهِمَا: ثَبَتَ
 نَسَبُ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ، فَصَارُوا ثَلَاثَةً. ثُمَّ تُضْرَبُ مَسْأَلَةُ الْإِقْرَارِ فِي مَسْأَلَةِ الْإِنْكَارِ. تَكُنْ
 اثْنَى عَشَرَ. لِلْمُنْكَرِ سَهْمٌ مِنَ الْإِنْكَارِ فِي الْإِقْرَارِ أَرْبَعَةً، وَلِلْمُقَرَّرِ سَهْمٌ مِنَ الْإِقْرَارِ فِي
 مَسْأَلَةِ الْإِنْكَارِ ثَلَاثَةً. وَلِلْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ - إِنْ صَدَقَ الْمُقَرَّرُ - مِثْلَ سَهْمِهِ. وَإِنْ أَنْكَرَهُ: مِثْلُ
 سَهْمِ الْمُنْكَرِ. وَمَا فَضَلَ لِلْمُخْتَلَفِ فِيهِ، وَهُوَ سَهْمَانِ فِي حَالِ التَّصْدِيقِ. وَسَهْمٌ فِي
 حَالِ الْإِنْكَارِ﴾.

وهذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

وجزم به فى الوجيز، والمنور، ومنتخب الأزجى، وغيرهم.

وقدمه فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، وصحاحه.

وقدمه أيضاً فى المحرر^(٣)، والنظم، والرعائتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق.

وقال أبو الخطاب: لا يأخذ المتفق عليه من المنكر، فى حال التصديق إلا ربع ما فى
 يده. وصححها من ثمانين. وللمنكر ثلاثة، وللمختلف فيه سهم ولكل واحد من
 الآخرين سهمان.

ورده المصنف، والشارح، وضعفه الناظم.

قوله: ﴿وَإِنْ خَلَفَ ابْنًا بِأَخَوَيْنِ بِكَلَامٍ مُتَّصِلٍ: ثَبَتَ نَسَبُهُمَا وَإِرْثُهُمَا، سَوَاءً اتَّفَقَا
 أَوْ اخْتَلَفَا﴾.

هذا المذهب. وجزم به فى الوجيز، والمنور، ومنتخب الأزجى.

وقدمه فى الهداية، والمغنى^(٤)، والشرح^(٥). وصحاحه. وقدمه أيضاً فى الرعايتين،

(١) ذكره فى المغنى مقدما. المغنى (١٤٤/٧).

(٢) ذكره فى الشرح مقدما أيضاً. الشرح (٢٠٣/٧).

(٣) ذكره فى المحرر فى باب الإقرار. المحرر (٤٢٠/١).

(٤) قطع به المصنف فى المغنى فقال لأنه نسبهما ثبت بإقرار من هو كل الورثة فيها على المغنى (١٥١/٧).

كتاب الفرائض ٣٤٣
والخاوى الصغير، والفروع.

ويحتمل أن لا يثبت نسبهما مع اختلافهما. وهو لأبى الخطاب فى الهداية. واختاره بعض الأصحاب.

وأطلقهما فى المحرر^(١)، والنظم، والفائق.

تنبيه: محل الخلاف: إذا لم يكونا توأمين. فإن كانا توأمين: فإن نسبهما يثبت. بلا نزاع.

قوله: ﴿وَإِنْ أَقَرَّ بِأَحَدِهِمَا بَعْدَ الْآخَرِ: أُعْطِيَ الْأَوَّلُ يَصْنَفَ مَا فِي يَدِهِ. وَالثَّانِي: ثُلُثُ مَا بَقِيَ فِي يَدِهِ، إِذَا كَذَّبَ الْأَوَّلُ بِالثَّانِي. وَتَبَتْ نَسَبُ الْأَوَّلِ - وَوَقَّفَ ثُبُوتُ نَسَبِ الثَّانِي عَلَى تَصْدِيقِهِ. وَلَوْ كَذَّبَ الثَّانِي بِالْأَوَّلِ - وَهُوَ مُصَدِّقٌ بِهِ - تَبَتْ نَسَبُ الثَّلَاثَةِ﴾.

على الصحيح من المذهب. جزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى المحرر^(٢)، والنظم، والرعايتين، والخاوى الصغير، والفروع.

وقيل: يسقط نسب الأول، ويأخذ الثانى ثلثى ما فى يده وثلث ما فى يد المقر.

تنبيه: قوله: ﴿وَإِنْ أَقَرَّ بَعْضُ الْوَرَثَةِ بِامْرَأَةٍ لِلْمَيِّتِ: لَزِمَهُ مِنْ إِزْنِهَا بِقَدْرِ حَصَّتِهِ﴾.

يعنى يلزمه ما يفضل فى يده لها عن حصته. كما ذكره فى الإقرار بغيرها.

وهذا بلا خلاف. لكن لو مات المنكر، فأقر بها ابنه: ففى تكميل إرث الزوجة وجهان. وأطلقهما فى الرعاية الكبرى. والفروع.

قلت: الأولى التكميل.

فإن لم يخلف المنكر إلا الأخ المقر: كمل الإرث. على الصحيح. صححه فى الرعاية الكبرى.

(٥) قطع به فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٢٠٨/٧)

(١) ذكره فى المحرر (فقال وإن خلف ابنا فأقر بأخوين بكلام متصل بشت نسبهما إن اتفقها أو اختلفا فكانا

توأمين) المحرر (١ / ٤٢١).

(٢) ذكره فى المحرر مقدماً المحرر (١ / ٤٢١).

٣٤٤ كتاب الفرائض

قال فى التلخيص: فالأصح أنه يثبت الميراث. وقيل: لا يكمل.
وأما إن مات قبل إنكاره: فإن إرثها يثبت. جزم به فى الرعاية الكبرى، والفروع.
قوله: ﴿وَإِذَا قَالَ رَجُلٌ: مَاتَ أَبِي، وَأَنْتَ أَخِي. فَقَالَ: هُوَ أَبِي وَلَسْتُ بِأَخِي: لَمْ يُقْبَلْ إِنْكَارُهُ﴾.

وهذا المذهب. وعليه الأصحاب.
وجزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمحرم^(١)، والرعاية الصغرى،
والحاوى الصغير، والوجيز، وغيرهم.
وقدمه فى الرعاية الكبرى، والفروع.
وقيل: المال كله للمقر به. وهو احتمال فى الرعاية، وقال: ويحتمل أن المال كله للمقر.
فائدة: وكذا الحكم لو قال: مات أبونا، ونحن أبناؤه.
قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ: مَاتَ زَوْجَتِي، وَأَنْتَ أَخُوها. فَقَالَ: لَسْتُ بِزَوْجِها: فَهَلْ يُقْبَلُ
إِنْكَارُهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمحرم^(٢)، والفائق، والشرح^(٣)، وشرح ابن
منجا.

أحدهما: يقبل إنكاره، وهو المذهب.
قال فى الفروع: قبل إنكاره فى الأصح. وجزم به فى الوجيز، وغيره.
وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير.
والثانى: لا يقبل إنكاره. صححه فى التصحيح، والنظم.
قوله: ﴿يَبْقَى سَبْعَةٌ لَا يَدْعِيها أَحَدٌ. فَفِيها ثَلَاثَةٌ أَوْجُها﴾.
وأطلقهن فى المغنى^(٤)، والشرح^(٥)، والمحرم^(٦)، وشرح ابن منجا، والفائق.
أحدها: يقر فى المقر. وهو المذهب. صححه فى التصحيح، وغيره.

(١) قطع به فى المحرم فقال: (ومن قال لرجل مات أبى وأنت اخى فقال: بل هو أبى ولست أخى لم يقبل
إقراره) المحرم (١ / ٤٢٢).

(٢) ذكر فيها صاحب المحرم أنها (على وجهين) المحرم (١ / ٤٢٢).

(٣) ذكر فيها أيضا صاحب الشرح الإطلاع فقال على وجهين) الشرح (٧ / ٢١٤).

(٤) ذكر فيها الإطلاع صاحب المغنى بثلاثة أوجه) المغنى (٧ / ١٥٧).

(٥) وكذلك ذكر فيها الثلاث أوجه صاحب الشرح كما فى المغنى. الشرح (٧ / ٢١٥).

(٦) ذكر فيها الإطلاع صاحب المحرم (١ / ٤٢١).

وجزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في الرايتين، والحاوي الصغير، والنظم، والفروع.

والثاني: يؤخذ إلى بيت المال.

والثالث: يقسم بين المقررة والزوج والأختين من الأم، على حسب ما يحتمل أنه لهم وإليه ميل الشارح.

فعليه: يكون للمقررة النصف. وللزوج والأختين من الأم: النصف بينهم على خمسة. لأن له النصف، ولهما الثلث.

* * *

باب ميراث القاتل

قوله: ﴿كُلُّ قَتْلٍ مَضْمُونٍ بِقِصَاصٍ أَوْ دِيَّةٍ، أَوْ كَفَّارَةٍ: يَمْنَعُ الْقَاتِلَ مِيرَاثَ الْمُقْتُولِ، سَوَاءً كَانَ عَمْدًا أَوْ خَطَأً، مُبَاشَرَةً أَوْ سَبَبٍ. وَسَوَاءً أَنْفَرَدَ بِقَتْلِهِ أَوْ شَارَكَهُ﴾.

هذا المذهب في ذلك كله ^(١). حتى لو شربت دواء فأسقطت جنينها: لا ترث من العرة شيئاً. نص عليه. وقدمه في الفروع.

وقيل: من أدب ولده فمات بذلك: لم يرثه.

وجزم به في الرعاية الصغرى، والحاوي الصغير، والفائق.

وقدمه في الرعاية الكبرى. واختار فيها كالمذهب.

وقيل: إن سقاه دواء، أو فضده، أو بطّ سلعته لحاجته: فوجهان. وأن في الحافر احتمالين.

ومثله: نصب سكين، ووضع حجر، ورش ماء، وإخراج جناح. وهذا كله طريقه في الرعاية الكبرى. قال المصنف، والشارح: لو قصد مصلحة موليه بسقى دواء، أو بطّ جراح. فمات: ورثه في ظاهر المذهب.

(١) ذكره صاحب المغنى فقال (والقتل المانع من الإرث هو القتل بغير حق وهو المضمون بقود أودية أو كفارة كالعمد وشبهه والخطأ وكل ما جرى مجرى الخطأ كالقتل بسبب وقتل الصبي والمجنون والنائم وما ليس بمضمون بشيء) المغنى (٧ / ١٦٢) الشرح (٧ / ٢١٨) الكافي (٢ / ٣١٣) المحرر (١ / ٤١٢) العمدة (٣٣٤).

٣٤٦ كتاب الفرائض

وذكر ابن أبي موسى فيه وجهين.

وكذا لو أمره كبير عاقل بيط جراحة، أو قطع سلعة. قاله المصنف، والشارح.

وقالا: هذا ظاهر المذهب أيضاً.

قوله: ﴿صَغِيرًا كَانَ الْقَاتِلُ أَوْ كَبِيرًا﴾.

هذا المذهب. نص عليه. وعليه الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

وذكر أبو الوفاء بن عقيل، وأبو يعلى: أن أحد طريقي بعض أصحابنا توريت من

لا قصد له، كالصبي والمجنون.

وإنما يحرم الإرث: من يتهم دون غيره. والنص خلاف ذلك.

وحكى ابن عقيل فى مفرداته، وعمد الأدلة وجهها: أن قتل الصبي والمجنون لا يمنع

الإرث. قال: وهو أصح عندى.

قوله: ﴿وَمَا لَمْ يُضْمَنْ بِشَيْءٍ مِنْ هَذَا، كَالْقَتْلِ قِصَاصاً، أَوْ حَدّاً، أَوْ دَفْعاً عَنْ

نَفْسِهِ، وَقَتْلِ الْبَاغِي الْعَادِلِ، وَالْعَادِلِ الْبَاغِي: فَلَا يَمْنَعُ إِذَا كَانَ الْقَتْلُ غَيْرَ مَضْمُونٍ

عَلَى قَاتِلِهِ. فَإِنَّ الْقَاتِلَ يَرِثُ مِنْهُ﴾.

نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب. وهو من مفردات المذهب.

واعلم أنه إذا قتل العادل الباغي: فإنه يرثه. على الصحيح من المذهب.

وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى الفروع، وغيره. وصححه فى الفائق، وغيره.

وعنه لا يرث. اختاره ابن حامد وهو ظاهر كلام الخرقي.

وأطلقهما فى المذهب، والرعايتين، والحاوى الصغير.

قال المصنف: فيخرج منه: أن كل قاتل لا يرث.

واختار المصنف^(١)، وغيره: أن جرحة العادل، ليصير غير ممتنع: ورثه. لا إن تعمد

قتله ابتداء.

قال فى الفروع: وهو متجه.

وأما إذا قتل الباغي العادل، فقدّم المصنف: أنه لا يمنع الإرث. وهو المذهب.

(١) قطع به المصنف فى المغنى. المغنى (٧ / ١٦٧).

كتاب الفرائض ٣٤٧

قال فى المحرر^(١): لا يمنع الإرث على الصحيح.

قال فى الفائق: لا يمنع الإرث فى الأصح.

قال فى النظم: هذا أولى. وجزم به فى الوجيز.

قال الزركشى: وصححه أبو الخطاب فى الهداية. وكلامه محتمل.

وعنه: يمنع الإرث جزم به فى التبصرة، والترغيب، والمذهب، والقاضى فى الجامع الصغير، والشريف، وأبو الخطاب فى خلافيهما، والمصنف فى المغنى فى قتال أهل البغى ونصره جماعة من الأصحاب. وهو ظاهر كلام الخرقى.

وأطلقهما فى الرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع.

* * *

باب ميراث المعتق بعضه

قوله: ﴿لَا يَرِثُ الْعَبْدُ﴾.

هذا المذهب. نص عليه. وعليه الأصحاب.

وعنه يرث عند عدم وارث. ذكرها ابن الجوزى فى المذهب، وأبو البقاء فى الناهض. قاله فى الفروع. ولم أرها فى المذهب.

وتقدم قول فى أول كتاب الفرائض: إن العبد يرث سيده عند عدم الوارث وقيل: فى المكاتب خاصة يموت له عتيق، ثم يؤدى فيعتق: يأخذ إرثه بالولاء. ذكره فى المحرر^(٢).

يعنى إن جعلنا الولاء له على ما يأتى.

قوله: ﴿فَأَمَّا الْمُعْتَقُ بِغُضَّةٍ: فَمَا كَسَبَ بِجُرْئِهِ الْحُرُّ: فَلِوَرَثَتِهِ﴾.

سواء كان بينهما مهايأة، أو قاسمه السيد فى حياته، أو لا.

قوله: ﴿وَيَرِثُ وَيَحْجُبُ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ﴾.

وهو من مفردات المذهب.

(١) صححه فعلاً صاحب المحرر فقال (أو الباغى العادل أى قتل الباغى العادل على الأصح فلا يمنع الإرث) المحرر (١ / ٤١٢).

(٢) ذكره فى المحرر بنصه وتمامه. المحرر (١ / ٤١٣).

٣٤٨ كتاب الفرائض

تنبيه: ظاهر كلام المصنف^(١): أن إرث المعتق بعضه له خاصة. وهو صحيح وهو المذهب. وعليه الأصحاب. قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله.
وقال: هو الصواب.

وقال بعض الأصحاب: ما يرثه المعتق بعضه: يكون مثل كسبه. إن لم يكن بينه وبين سيده مهايأة. وإن كان بينهما مهايأة: فهل هو لمن الموت في نوبته، أو بينهما؟ على وجهي الأكساب النادرة.

إذا علمت ذلك: فالتفريع على المذهب.

فلو كانت بنت نصفها حر، وأم وعم حران: كان للبنت الربع. وللأم الربع بحجبها لها عن نصف السدس. وللعمة سهمان. وهو الباقي.

وتصح من أربعة. فلو كان مكان البنت: ابن نصفه حر، فله هنا نصف ماله لو كان حراً. فيستحق ربعاً وسدساً من المال. لأنه لو كان حراً كان له خمسة أسداسه. وهو الصحيح من المذهب. وهو الذي ذكره إبراهيم الحري في كتاب الفرائض.

واختاره القاضى فى المجرّد، وابن عقيل، وصححه فى المجرّد^(٢)، والحاوى الصغير. وجزم به فى المنور. وقدمه فى الرايتين.

وقيل: له نصف الباقي بعد ربع الأم. اختاره أبو بكر، والقاضى فى خلافه. قاله فى القواعد.

قال فى المجرّد^(٣)، والفروع، والفائق، والحاوى: وفيه بعد.

قال فى الرايتين: وهو بعيد. وقيل: له نصف المال كاملاً.

قال فى القاعدة الخامسة عشر بعد المائة: ورجحه الشيخ تقي الدين رحمه الله.

وذكر أنه اختيار أبيه.

وأطلقهن فى المجرّد^(٤)، والفروع، والفائق، والحاوى الصغير، والقواعد.

وكذا الحكم والخلاف فى كل عصة نصفه حر مع ذى فرض ينقص به. فإن لم ينقص به كجده وعمه مع ابن نصفه حر فعلى الثالث: له نصف المال. وعلى

(١) هو ظاهر من كلامه. انظر المغنى (٧ / ١٣٣). والكافى (٢ / ٣١٢) والعمدة (٢٣٤).

(٢) ذكره فى المجرّد بنصه وتماه. المجرّد (١ / ٤١٣).

(٣) ذكره فى المجرّد بنصه وتماه قال (وهو اختيار أبى بكر وفيه بعد) المجرّد (١ / ٤١٣).

(٤) ذكر الإطلاق صاحب المجرّد فيها على ثلاثة أوجه قال قبل له نصف المال وقيل نصف الباقي وقيل خمسة أسداس المال فيعطى نصفه) المجرّد (١ / ٤١٣).

كتاب الفرائض ٣٤٩

الآخرين: له نصف الباقي. وهو الصحيح.

قال في المحرر^(١)، والحاوي الصغير: وهو أصح. وقدمه في الرايتين.

ولو كان معه من يسقطه بحريته التامة كأخت وعم حرين فالابن النصف. وللأخت نصف ما بقي فرضاً، وللعلم ما بقي.

هذا المذهب. جزم به في المحرر^(٢)، والرايتين، والحاوي، وغيرهم.

وقدمه في الفروع. وقدم في المغنى^(٣): أن للأخت النصف كاملاً.

قلت: وهو ضعيف جداً.

قلت: قد يعاين بها.

فائدة: لو كان أحد الأخوين حراً، والآخر نصفه حر: فالمال بينهما أربعاً على الصحيح من المذهب، تنزيلاً لهما بالأحوال والخطاب. وجزم به الوجيز.

وقدمه في المحرر^(٤)، والرايتين، والحاوي الصغير، والفروع، والفائق.

وقيل: والمال بينهما ثلاثاً، جمعا للحرية فيهما، وقسمة لإرثهما كالعول.

قوله: ﴿وَإِذَا كَانَ عَصَبَتَانِ نِصْفُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُرٌّ كَالْأَخَوَيْنِ فَهَلْ تُكْمَلُ الْحُرِّيَّةُ فِيهِمَا؟ يَحْتَمَلُ وَجْهَيْنِ﴾.

وكذا قال في الهداية. وأطلقهما في الشرح^(٥)، وشرح ابن منجا، والقواعد الفقهية، والفروع.

أحدهما: لا تكمل. وهو المذهب. صححه في التصحيح.

وجزم به في الوجيز. وقدمه في المحرر^(٦)، والفائق.

والوجه الثاني: تكمل الحرية. فلهما جميع المال.

(١) صححه فعلاً صاحب المحرر فقال (وهو الأصح) المحرر (١ / ٤١٣).

(٢) قطع به في المحرر. المحرر (١ / ٤١٣).

(٣) ذكره في المغنى مقدماً. المغنى (٧ / ١٣٦).

(٤) ذكره في المحرر مقدماً فقال (فالمال بينهما أربعاً بأن تقول له: لك بالحرية النصف فينصفها نصفه ونقول للحر: أخوك يحجبك بالحرية عن النصف فينصفها عن نصفه فيبقى لك ثلاثة أرباع) المحرر (١ / ٤١٤).

(٥) ذكر فيها صاحب الشرح الإطلاق (يحتمل فيها وجهين أحدهما تكمل الحرية فيها بأن تضم الحرية من أحدهما إلى ما في الآخر منهما فإن كمل منها واحد ورثا جميعا ميراث ابن حر. وكانا في ميراثهما كالحرين) انظر الشرح (٧ / ٢٢٦).

(٦) ذكره في المحرر مقدماً (١ / ٤١٤).

٣٥٠ كتاب الفرائض

قال فى القاعدة الخامسة عشر بعد المائة: ورجحه القاضى، والسامرى، وطائفة من الأصحاب. وله مأخذان.

أحدهما: جمع الحرية فيهما. فتكمل بها حرية ابن. وهو مأخذ أبى الخطاب وغيره.

والثانى: أن حق كل واحد منهما مع كمال حرته فى جميع المال، لا فى نصفه وإنما نصفه لمزاحمة أخيه له. وحيث فقد أخذ كل واحد منهما نصف المال.

وهو نصف حقه مع كامل حرته. فلم يأخذ زيادة على قدر ما فيه من الحرية. فعلى المذهب: لهما ثلاثة أرباع المال بالأحوال والخطاب. وهذا الصحيح. وقاله فى المستوعب. وجزم به فى الوجيز. وقدمه فى المحرر^(١).

وقيل: لهما نصفه بتزليلهما حرية ورقاً.

وأطلقهما فى القواعد الفقهية، والفروع.

والتفريع على هذا الخلاف، وهو ثلاثة أوجه: ثلاثة أرباع المال، أو نصفه، أو كله.

فلو كان ابن وبنت نصفها حر، وعم حر.

فلهما على الأول خمسة أثمان المال على ثلاثة. ونصف المال على الثانى. وثلاثة أرباعه على الثالث.

ولو كان معهما أم: فلها السدس، على الوجه كلها.

وللابن على الأول: خمسة وعشرون من أصل اثنين وسبعين. وللبنت أربعة عشر.

وعلى الثانى: هل لهما على ثلاثة ثلاثة أرباع المال، أو ثلاثة أرباع الباقي على وجهين.

وعلى الثالث: هل لهما على ثلاثة ثلاثة أرباع المال، أو ثلاثة أرباع الباقي بعد السدس على وجهين.

ولو كان أحدهما يحجب الآخر كابن وابن ابن نصفهما حر وهى مسألة المصنف.

فللابن النصف. ولابن الابن على الأول الربع. وعلى الثالث: النصف. واختاره أبو بكر. ولا شىء له على الأوسط.

(١) ذكره أيضاً فى المحرر مقدماً (١ / ٤١٤).

كتاب الفرائض ٣٥١

ولو كان جدة حرة وأم نصفها حر، فللأم السدس. وللجدة نص السدس.
ولو كان الجدة نصفها حر: كان لها ربع السدس على الأول. ونصف السدس
على الثالث. ولا شيء لها على الأوسط.
ولو كان أم وأخوان، أحدهما رق: كان للأم الثلث. على الصحيح من المذهب.
قدمه في الفروع.

وحجبها أبو الخطاب بقدر حرته. فنصفها يحجبها عن نصف السدس.
فائدة: يُردُّ على ذى فرض وعصبة لم ترث بقدر نسبة الحرية منهما. لكن أيهما
استكمل بالرد أزيد من قدر حرته من نفسه: منع من الزيادة. وردت على غيره إن
أمكن. وإلا فهي لبيت المال.

فلبنت نصفها حر: النصف بالفرض والرد.
ولا بن مكانها نصفه حر: النصف بالعصوبة، والبقية لبيت المال.
ولا بنين نصفهما حر إن لم نورثهما المال: البقية، مع عدم العصبة.
أعنى: لهما البقية بالرد، وسواء ورثتهما النصف فقط، أو النصف والربع.
ولبنت وجدة نصفها حر: المال، نصفين بفرض ورد.
ولا يرد هنا على قدر فرضيهما، لثلا يأخذ من نصفه حر فوق نصف التركة.
ومع حرية ثلاثة أرباعهما: المال بينهما أرباعا بقدر فرضيهما.
ومع حرية ثلثهما: الثلثان بينهما. والبقية لبيت المال.

* * *

باب الولاء

قوله: ﴿كُلُّ مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا، أَوْ عَتَقَ عَلَيْهِ بِرَحْمٍ، أَوْ كِتَابَةٍ: فَلَهُ عَلَيْهِ الْوَلَاءُ﴾.
الصحيح من المذهب: أنه إذا عتق عليه بالرحم: يكون له عليه الولاء. وعليه
جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.
قال المصنف^(١): لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافاً.
وقيل: حكمه حكم المعتق سائبة، على ما يأتي.

(١) قطع به المصنف في المغنى. المغنى (٧ / ٢٣٩).

٣٥٢ كتاب الفرائض

والصحيح من المذهب: أنه إذا عتق عليه بالكتابة: يكون له عليه الولاء. وكذا لو أعتقه بعوض. وعليه جماهير الأصحاب. ونص عليهما.

وقيل: لا ولاء له عليهما.

﴿وعنه في المكاتيب: إذا أدى إلى الورثة: يَكُونُ وَلَاؤُهُ لَهُمْ. وَإِنْ أَدَّى إِلَيْهِمَا. يَكُونُ وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا﴾.

وفي التبصرة وجه: إن أدى إليهما يكون ولاؤه للورثة.

وفي المبهم: إن أعتق كل الورثة المكاتب: والولاء للرجال. وفي النساء روايتان.

فائدة: إذا كاتب المكاتب عبداً. فأدى إليه، وعتق قبل أدائه، أو أعتقه بمال. وقلنا:

له ذلك.

فظاهر كلام المصنف: أن ولاءه للمكاتب. وهو قول القاضي في المجرّد.

وقيل: للسيد الأول. وهو يحكى عن أبي بكر ورجحه القاضي في الخلاف.

حتى حكى عنه: أنه لو عتق المكاتب الأول قبل الثاني: فالولاء للسيد لانعقاد سبب

الولاء، حيث كان المكاتب ليس أهلاً له.

ورد ما حكاه القاضي عن أبي بكر في القاعدة السادسة عشر بعد المائة.

تنبه: شمل قوله «كل من أعتق عبداً، أو عتق عليه فله عليه الولاء» الكافر لو أعتق

مسلماً. أو عتق عليه. وهو صحيح. وهو من مفردات المذهب. وجزم به ناظرهما.

ويأتى في كلام المصنف «هل يرث به أم لا؟».

فائدة: لو أعتق القن عبداً مما ملكه، فحكى المصنف في المغنى عن طلحة العاقولى

من أصحابنا: أنه موقوف، فإن عتق فالولاء له. وإن مات قنا فهو للسيد.

وقال القاضي في المجرّد: الولاء للسيد مطلقاً. وهو المنصوص عن الإمام أحمد رحمه

الله. قاله في القاعدة السادسة عشر.

قوله: ﴿وَمَنْ كَانَ أَحَدُ أَبَوَيْهِ حُرّاً الْأَصْلَ، وَلَمْ يَمَسَّهُ رِقٌّ: فَلَا وِلَاءَ عَلَيْهِ﴾.

هذا المذهب مطلقاً. وعليه أكثر الأصحاب.

وجزم به في المغنى^(١)، والشرح^(٢). وقدمه في المحرر^(٣)، والفروع.

(١) قطع به في المغنى (وقال تكون على موضعين أحدهما أن يكون جميعهم كفاراً فتسلم هي ونسبى أبواهما فبسرقة. الثاني- أن يكون أبوها عبداً تزوج أمة على أنها حرة فولدتها ثم ماتت وخلفت معتق ايها لم يرثها لأنه إما يرث بالولاء وهذه لا ولاء عليها). المغنى (٧ / ٢٦٨) والمغنى (٧ / ٢٥٧).

(٢) قطع به الشرح أيضاً الشرح (٧ / ٢٤٧).

(٣) قدمه في المحرر قال: (ومن كان أبوه حر الأصل وأمه عتيقة فلا ولاء عليه وكذلك بالعكس). المحرر

(٤١٧/١).

كتاب الفرائض ٣٥٣

وعنه: إن كانت أمه حرة الأصل، وأبوه عتيق: فلمولى أبيه الولاء.

وجزم هب في الوجيز. وقدمه في الرعايتين، وقال: نص عليه.

وحكى الأول قولاً. وأطلقهما في الحاوى الصغير.

فائدة: لو كانت أمه عتيقة، وأبوه مجهول النسب: فلا ولاء عليه. على الصحيح من المذهب. قدمه الرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، الفائق، والمغنى^(١)، والشرح^(٢). وصححه في النظم.

وقال القاضى: لمولى أمه الولاء عليه.

قال الخيرى: وهو قول الإمام أحمد رحمه الله.

قال فى الفروع: وحكى عن الإمام أحمد رحمه الله. وجزم به ابن عقيل فى الفصول.

فقال: فإن تزوج حر مجهول النسب بمعتقة. فأولدها ولداً: كان ولاء ذلك الولد لموالى أمه. ولو كان الأب مولى، والأم مجهولة النسب: فلا ولاء عليه. على الصحيح من المذهب.

قال فى المغنى^(٣): فلا ولاء عليه فى قولنا. وقاله غيره.

وقياس قول القاضى: أن يثبت الولاء لموالى أبيه. لأننا شككنا فى المانع من ثبوته.

قوله: ﴿وَمَنْ أَعْتَقَ سَائِبَةً، أَوْ فِي زَكَاتِهِ، أَوْ نَذَرِهِ، أَوْ كَفَّارَتِهِ أَوْ قَالَ: لَا وِلَاءَ لِي عَلَيْكَ﴾. ففيه روايتان.

وأطلقهما فى الهداية، والهادى.

إحداهما: عليه الولاء. وهو المذهب عند المتأخرين .

(١) قدمه فى المغنى (٧ / ٢٥٨). كما فى الشرح النقطة القادمة.

(٢) قدمه أيضاً فى الشرح فقال [فإن الأب مجهول النسب فلا ولاء عليه لأن الأب محكوم بجريته أشبه معروف النسب ولأن الأصل فى الآدميين الحرية وعدم الولاء فلا نترك هذا الأصل بالوهم فى حق الولد كما لم يترك فى حق الاب] الشرح (٧ / ٢٤٨).

(٣) قطع به صاحب المغنى فقال (ولأن الأم لا تخلوا من أن تكون حرة الأصل فلا ولاء على ولدها). المغنى (٧ / ٢٥٨).

٣٥٤ كتاب الفرائض

صححه فى التصحيح، والنظم.

قال فى تجريد العناية: له الولاء. على الأظهر.

قال فى المذهب: أصحابهما الولاء لمعتقه فيما عتقه عن كفارته أو نذره.

وجزم به فى الوجيز. وقدمه فى المحرر^(١)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق.

والرواية الثانية: لا ولاء عليه.

قال فى الفروع: اختاره الأكثر. منهم: الخرقي، والقاضى، والشريف أبو جعفر، وأبو الخطاب، والشيرازى، وابن عقيل، وابن البناء.

وقطع فى المذهب: أنه لا ولاية له عليه، إذا أعتقه سائبة، أو قال: لا ولاء لى عليك.

وقيل: له الولاء فى السائبة، دون غيره. اختاره المصنف، والشارح.

وقال الزركشى: المختار للأصحاب: لا ولاء له على السائبة.

قوله: ﴿وَمَا رَجَعَ مِنْ مِيرَاثِهِ رُدٌّ فِي مِثْلِهِ﴾.

يعنى: على القول بأنه لا ولاء له عليه.

﴿يَشْتَرِي بِهِ رِقَابًا يَعْتَقُهُمْ﴾.

هذا إحدى الروايتين. وجزم به الخرقي. وقدمه الزركشى.

والرواية الثانية: أن ميراثه لبيت المال. وهو الصحيح. قدمه فى المحرر^(٢)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق.

ويتفرع على هذا الخلاف: لو مات واحد من هؤلاء، وخلف بنتاً ومعتقه.

فعلى القول بأن لسيده الولاء: يكون للبنت النصف، والباقى له.

وعلى القول بأن ميراثه يصرف فى مثله: يكون للبنت النصف، والباقى يصرف فى العتق.

(١) قدمه فى المحرر فقال: ومن أعتق رقيق بعوض أو فى واجب من نذر أو زكاة أو كفارة أو تبرعاً سائبه.

بأن يقول له لا ولاء لى عليك أو غير سائبة أو عتق عليه. فله عليه الولاء. المحرر (١ / ٤١٦).

(٢) ذكره فى المحرر مقدماً فقال وعنه فى السائبة والمعتق فى الواجب لا ولاء عليه بل ماله لبيت المال المحرر (١ / ٤١٦).

كتاب الفرائض ٣٥٥

وعلى القول بأنه لبيت المال: يكون للبيت الجميع بالفرض والرد. إذ الرد مقدم على بيت المال.

فعلى الرواية الأولى: يكون المشتري للرقاب الإمام. على الصحيح.
قدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع.
وعنه: السيد. وأطلقهما في المحرر^(١)، والفائق، والزر كشي.

فائدتان

إحدهما: على القول بشراء الرقاب: لو قلَّ المال عن شراء رقبة كاملة ففي الصدقة به وتركه لبيت المال وجهان. ذكرهما في التبصرة. واقتصر عليه في الفروع.
قلت: الصواب، الذي لا شك فيه: أن الصدقة به في زمننا هذا أولى.
الثانية: لو خلف المعتق بنتا مع سيده وقلنا: له الولاء فالمال بينهما نصفان.
وإن قلنا: لا ولاء له: فالجميع للبيت بالفرض والرد.
وإن قلنا: يشتري بما خلفه رقاباً: فللبيت النصف، والنصف الآخر يشتري به رقاباً.
وحكم ولاء أولاده.

قوله: ﴿وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَنْ مَيْتٍ أَوْ حَيٍّ بِلَا أَمْرِهِ: فَوَلَاؤُهُ لِلْمُعْتِقِ﴾.
هذا المذهب، إلا ما استثنى. وعليه جماهير الأصحاب.

وجزم به في المغنى^(٢)، والشرح^(٣)، والفائق، والوجيز، وغيرهم. وقدمه في الفروع وغيره.

ويستثنى من ذلك لو أعتق وارث عن ميت في واجب ككفارة ظهار، ورمضان، وقيل: وله تركة فإنه يقع عن الميت، والولاء له أيضاً. على الصحيح من المذهب.
وجزم به في المحرر^(٤)، وغيره.

وقدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم. واختاره القاضي، وغيره.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: بناء على أن الكفارة ونحوها: ليس من شرطها

(١) ذكره الإطلاق في المحرر فقال: (وهل ولاية الإعناق للسيد أو الإمام ثم على روايتين) المحرر (٤١٧/١).

(٢) قطع به المصنف في المغنى فقال: (لقول النبي ﷺ (الولاء للمعتق) ولأنه أعتق عبده من غير إذن غيره له فكان الولاء له كما لو لم يقصد شيئاً) المغنى (٧ / ٢٥١).

(٣) قطع به أيضاً صاحب التمرح كما في المغنى. الشرح (٧ / ٢٥١).

(٤) قطع به في المحرر فقال: (إلا أن يعتق عن ميت في واجب عليه فيقنعان) المحرر (٤١٧ / ١).

٣٥٦ كتاب الفرائض

الدخول في ملك المكفر عنه. وأطلقه الخرقى، والمصنف هنا.
قال الزركشى، وأكثر الأصحاب: إن الولاء للمعتق.
قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: بناء على أنه يشترط دخول الكفارة ونحوها في ملك من ذلك عليه.

ويأتى كلامه في الرعايتين: وإن لم يتعين المعتق أطعم، أو كسا.
ويصح عتقه. على الصحيح من المذهب. وقيل: يوصيه.
قال في التزغيب: بناء على قولنا «الولاء للمعتق عنه» وإن تبرع بعتقه عنه ولا تركه
فهل يحزبه، كإطعام وكسوة، أم لا يحزبه؟ جزم به في التزغيب. لأن مقصوده الولاء.
ولا يمكن إثباته بدون المعتق عنه. فيه وجهان. وأطلقهما في الفروع.
قال في المحرر^(١): ومن أعتق عبده عن غيره بغير إذنه: وقع العتق والولاء عن المعتق،
إلا أن يعتقه عن ميت في واجب عليه. فيقعان للميت.

ويأتى كلامه في الرعايتين قريباً.
وإن تبرع أجنبى عنه: ففيه وجهان.
أحدهما: الإجزاء مطلقاً. الثاني: عكسه.
الثالث: يحزبه في إطعام وكسوة دون غيرهما.
وقال في الرعايتين والحاوى الصغير، والفائق، ومن أعتق عبده عن ميت في
واجب: وقعا عن الميت. وقيل: لا.
وقيل: ولاؤه للمعتق عنه.

قال في الرعاية الكبرى: وهو أولى.
وقد روى عن الإمام أحمد رحمه الله: نصوص تدل على العتق للمعتق عنه. وأن
الولاء للمعتق.

قال أبو النضر: قال الإمام أحمد رحمه الله، في العتق عن الميت: إن وصى به
فالولاء له، وإلا للمعتق.

وقال في رواية الميمونى، وأبى طالب في رجل يعتق عن الرجل فالولاء لمن أعتقه،
والأجر للمعتق عنه.

وفى مقدمة الفرائض، لأبى الخير سلامة بن صدقة الحرانى: إن أعتق عن غيره بلا

(١) ذكره في المحرر بنصه وتماه. المحرر (١ / ٤١٧).

إذنه: فلا يههما الولاء؟ فيه روايتان.

وقال فى الروضة: فإن أعتق عبداً عن كفارة غيره: أجزأه، وولاؤه للمعتق. ولا يرجع على المعتق عنه فى الصحيح من المذهب.

وكذا لو أعتق عبده: عتق، حياً كان المعتق عنه أو ميتاً. وولاؤه للمعتق.

وقال فى التبصرة: لو أعتقه عن غيره بلا إذنه: فالعتق كالولاء.

ويحتمل للميت المعتق عنه. لأن القرب يصل ثوابها إليه.

قوله: ﴿وَإِنْ أَعْتَقَهُ عَنْهُ بِأَمْرِهِ، قَالَ لَوْلَاءُ لِلْمُعْتَقِ عَنْهُ﴾.

إذا قال «أعتق عبدك عنى، وعلى ثمنه» ففعل: فالثمن عليه، والولاء للمعتق عنه. هذا المذهب مطلقاً. عليه جماهير الأصحاب.

وجزم به فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والوجيز، وغيرهم.

قال المصنف عن الثانية: لا نعلم فيه خلافاً.

وقدمه فى المحرر^(٣)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم.

قال القاضى فى خلافه: هو استدعاء للمعتق، والملك يدخل تبعاً وملكاً، لضرورة وقوع العتق له. وصرح أنه ملك قهرى، حتى إنه يثبت للكافر على المسلم، إذا كان العبد المستدعى عتقه مسلماً، والمستدعى كافراً.

وذكر ابن أبى موسى: لا يجزئه حتى يملكه إياه، فيعتقه هو. ونقله مهنا.

وكذا الحكم لو قال «أعتق عبدك عنى» وأطلق، أو «أعتقه عنى بجانا» خلافاً ومذهباً.

فعلى المذهب: يجزئه العتق عن الواجب، ما لم يكن قريبه.

والصحيح من المذهب: لا يلزمه عوضه إلا بالتزامه.

قدمه فى المحرر^(٤)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم.

(١) قطع به فى المغنى وقال: (لنا أنه وكيل فى الإعتاق فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أخذ عوضاً فإنه كما يجوز تقدير البيع فيما إذا أخذ عوضاً يجوز تقدير الهبة إذا لم يأخذ عوضاً فإن الهبة جائزة فى العبد المغنى (٧ / ٢٥١).

(٢) قطع به فى الشرح كما فى المغنى النقطة السابقة. الشرح (٧ / ٢٥٢).

(٣) ذكره فى المحرر مقدماً. المحرر (١ / ٤١٧).

(٤) ذكره فى المحرر مقدماً فقال (ولا يلزمه العوض إلا حيث التزمه) المحرر (١ / ٤١٧).

٣٥٨ كتاب الفرائض

وعنه: يلزمه عوضه ما لم ينفه.

وعنه: العتق والولاء للمسئول، لا للسائل، إلا حيث التزم العوض.

وقال فى الترغيب: إذا قال «أعتقه عن كفارتى، ولك مائة» فأعتقه: عتق، ولم يجزئه عنها. وتلزمه المائة، والولاء له.

وقال ابن عقيل: لو قال «أعتقه عنى بهذا الخمر، أو الخنزير» ملكه. وعتق عليه كاهبة. والملك يقف على القبض فى الهبة، إذا كان ذلك بلفظها، لا بلفظ العتق، قال: بدليل قوله «أعتق عبدك عنى» فإنه ينتقل الملك هنا قبل إعتاقه.

ويجوز جعله قابضاً من طريق الحكم. كقولك «بعثك» أو «وهبتك هذا العبد» وقال المشتري «هو حر» عتق. ويقدر القبول حكماً. انتهى.

قال فى الفروع: وكلام غيره فى الصورة الأخيرة: يقتضى عدم العتق.

فائدة: لو قال «أعتق عبدك عنى، وعلى ثمنه» لم يجب على السيد إجابته. وعليه الأصحاب.

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: قياس القول بوجوب الكتابة إذا طلبها العبد وجوب الإجابة هنا.

قوله: ﴿وَإِذَا قَالَ: أَعْتَقَهُ وَالْثَمَنُ عَلَيَّ وَ﴾. كذا لو قال: ﴿أَعْتَقَهُ عَنْكَ وَعَلَيَّ ثَمْنُهُ؟ فَفَعَلَ. فَالْثَمَنُ عَلَيْهِ. وَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ﴾.

إذا قال ذلك: لزمه الثمن بلا نزاع أعمله.

والعتق والولاء للمعتق، على الصحيح من المذهب.

قال فى الفروع: والأصح أن العتق وولاء للمعتق. وجزم به الوجيز، وغيره.

وقدمه فى المحرر^(١)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق، وغيرهم.

وقيل: هما للذى عليه الثمن. قاله القاضى فى موضع.

قال فى المحرر^(٢): فيه بعد.

فعلى المذهب: يجزئه عن الواجب، على الصحيح من المذهب.

قال فى الفروع: ويجزئه عن الواجب فى الأصح.

(١) ذكره فى المحرر مقدماً فقال (فالثمن على السائل والولاء والعتق للمسئول) المحرر (١ / ٤١٧).

(٢) قطع به مى المحرر قال (وقال القاضى فى موضع لا يجرى عن الواجب ويقع العتق والولاء للسائل وفيه بعد) المحرر (١ / ٤١٧).

كتاب الفرائض ٣٥٩

وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى المحرر^(١)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق.

وقيل: لا يجرئه. وهو احتمال فى المحرر^(٢). وقاله القاضى فى موضع من كلامه.

قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ الْكَافِرُ لِرَجُلٍ: أَعْتَقَ عَبْدَكَ الْمُسْلِمَ عَنِّي، وَعَلَى ثَمَنِهِ فَعَلَّ: فَهَلْ يَصِحُّ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى المحرر^(٣)، والفروع، والفائق، والمغنى، والشرح^(٤)، وشرح ابن منجا. أحدهما: يصح ويعتق. وله عليه الولاء كالمسلم. وهو الصحيح من المذهب. وصححه فى التصحيح. وجزم به فى الوجيز.

وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير. واختاره القاضى فى الخلاف.

وتقدم كلامه فى المسألة التى قلبها.

والوجه الثانى: لا يصح. صححه الناظم.

تنبيه: حكى الخلاف فى المحرر^(٥)، والفروع، والشرح^(٦)، وشرح ابن منجا: وجهين، كالمصنف.

وحكاه فى الرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق: روايتين.

قوله: ﴿وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا يُبَايِنُهُ فِى دِينِهِ، فَلَهُ وَلَاؤُهُ. وَهَلْ يَرِثُ بِهِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والكافى^(٧)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والشرح^(٨).

(١) ذكره فى المحرر مقدماً فقال (وأن كان عن واجب ويجزى عنه) المحرر (١ / ٤١٧).

(٢) ذكر الاحتمال فى المحرر فقال (ويحتمل أن لا يجزى عن الواجب) المحرر (١ / ٤١٧).

(٣) ذكر الإطلاق فى المحرر فقال: (ومن قال له كافى أعتق عبدك المسلم عنى وعلى ثمنه فهل يصح ذلك؟ على الوجهين) المحرر (١ / ٤١٧).

(٤) ذكر الروايتين فى الشرح فقال (أحدهما لا يصح لأنه يلزم منه أن يملك الكافر ولذلك لا يجوز لأنه إضرار بالمسلم الثانى يصح ويعتق ولأنه إنما يملكه زمناً يسيراً ولا يتسلمه فيتحمل هذا الضرر اليسير لأجل تحصيل الحرية للأبد) الشرح (٧ / ٢٥٣).

(٥) ذكر الخلاف صاحب المحرر فقال ومن قال له الكافر: أعتق عبدك المسلم عنى وعلى ثمنه فهل يصح ذلك على وجهين) المحرر (١ / ٤١٧).

(٦) وكذلك ذكر الخلاف صاحب الشرح على وجهين كما فى نقطة ٤. الشرح (٧ / ٢٥٣).

(٧) ذكر الإطلاق فى الكافى فقال: (وهل يرث به؟ فيه روايتان) الكافى (٢ / ٣١٧).

(٨) ذكر الروايتين صاحب الشرح فقال إحداهما لا يرث لكن إن كان له عصبه على دين المعتق ورث-

٣٦٠ كتاب الفرائض

إحدهما: يرث به وهو المذهب.

جزم به الخرقي، والقاضي في جامعه، والشريف في خلافه، والشيرازي في مبهجه، وابن عقيل في تذكرته، وابن البناء في خصاله، وابن الجوزي في مذهبه، صاحب الوجيز، المنور، وغيرهم.

قال الزركشي: اختاره عامة الأصحاب.

وقدمه في المحرر^(١)، والفروع، والفائق.

والرواية الثانية: لا يرث به.

قال في الخلاصة: لا يرث على الأصح. وصححه في التصحيح.

واختاره المصنف^(٢)، وصاحب الفائق. ومال إليه الشارح.

فعلى المذهب: لو أعتق كافر مسلماً، فخلف المسلم العتيق ابناً لسيده كافراً، أو عمّاً مسلماً: فماله لابن سيده.

وعلى الرواية الثانية: يكون المال لعمه.

وعلى المذهب أيضاً عند عدم عصبه سيده من أهل دينه: يرثه بيت المال.

وإن أعتق مسلم كافراً، ومات المسلم، ثم عتيقه، ولعتيقه ابنان، مسلم وكافر: ورث الكافر وحده.

ولو أسلم العتيق، ثم مات: ورثه المسلم وحده.

وإن أسلم الكافر قبل قسمة الإرث: ورثه معه. على الأصح، على ماتقدم في أول «باب ميراث أهل الملل».

وتقدم بعض هذه الأحكام في ذلك الباب.

قوله: ﴿وَلَا تَرِثُ النِّسَاءُ مِنَ الْوَلَاءِ إِلَّا مَا أَعْتَقْنَ، أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ، أَوْ كَاتِبْنَ، أَوْ كَاتَبَ مَنْ كَاتَبْنَ﴾.

وهذا المذهب بلا ريب. نص عليه.

= فإن أسلم الكافر منهما ورث المعتق رواية واحدة. الثانية يرثه الشرح (٧ / ٢٥٣).

(١) ذكره في المحرر أن (له عليه الولاء ويرث به) المحرر (١ / ٤١٦).

(٢) ذكره في المغنى ونصره بقوله: (لأن اختلاف الدين مانع من الميراث كمنع الميراث للميراث بالولاء كالقتل والرق ولأنه عزله ما لو كان الأقرب من العصبه يخالف لدين الميت والأبعد على دينه ورث دون القريب) المغنى (٧ / ٢٤١).

كتاب الفرائض ٣٦١

حتى قال أبو بكر: هذا المذهب رواية واحدة، وقال: وهو أبو طالب نقله الرواية الثانية. انتهى.

وجزم به في الوجيز، والعمدة^(١)، والمنور، ومنتخب الأزجى، وغيرهم.

وقدمه الخرقى، وصاحب الهداية، والكافى^(٢)، والمحزر^(٣)، والرعائين، والحاوى الصغير، والنظم، الفروع، والفائق، وغيرهم.

واختاره أبو بكر في الشافى، وغيره.

قال المصنف، والشارح: هذا ظاهر المذهب. وقالوا: هذا الصحيح.

وغالى أبو بكر، فوهّم أبا طالب فى نقل الرواية الثانية.

قال القاضى: لم أجد الرواية التى نقلها الخرقى فى ابنة المعتق: أنها تـرث. ومنصوصة عن الإمام أحمد رحمه الله. انتهى.

وعنه فى بيت المعتق خاصة أنها تـرث.

اختاره القاضى، وأصحابه. منهم أبو الخطاب فى خلافه.

وجزم به فى الخلاصة. وإليه ميل المجد فى المنتقى.

وهو من مفردات المذهب.

وقدمه ناظمها، وقال: هو المنصور فى الخلاف. انتهى.

وعنه: تـرث مع أخيها. وعنه: تـرث عتيق ابنها، مع عدم العصة.

تنبيه: يستثنى من عموم كلام المصنف: عتيق ابن الملاعة. فإن الأم الملاعة تـرثه.

على الصحيح من المذهب. نص عليه.

قلت: فيعابى بها.

وقيل: لا تـرثه.

ومحل هذا الخلاف على القول بأنها عصبتها.

فأما إن قلنا: إن عصبتها عصبتة: كان الولاء لعصبتها، لا لها.

فائدة: لو تزوجت امرأة بمن أعنته. فأحبلها، فهى القائلة: إن الد أنثى فلى

(١) قطع به فى العمدة (٣٤٥).

(٢) ذكره فى الكافى مقدماً. الكافى (٢ / ٣١٨).

(٣) قدمه أيضاً فى المحزر. المحزر (١ / ٤١٧).

٣٦٢ كتاب الفرائض

النصف. وإن ألد ذكراً فلى الثمن. وإن لم ألد شيئاً فالجميع لى. فيعابى بها.

قوله: ﴿وَلَا يَرِثُ ذُو قَرْضٍ إِلَّا الْأَبُ وَالْجَدُّ يَرِثَانِ السَّدْسَ مَعَ الْإِبْنِ وَابْنِهِ. وَالْجَدُّ يَرِثُ الثَّلَثَ مَعَ الْإِخْوَةِ، إِذَا كَانَ أَحَظَّ لَهُ﴾.

وهذا المذهب. نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب.

وحزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى المحرر^(١)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم. وهى من مفردات المذهب.

واختار أبو إسحاق سقوط الأب والجد مع الابن. ويجعل الجد كالإخوة. وإن كثروا. قال فى الترغيب. وهو أقيس.

قلت: فيعابى بها.

وقال فى الفائق، وقيل: لا فرض لهما بحال.

اختاره ابن عقيل، وشيخنا.

ويسقطان بالابن وابنه. والجد مع الأخوة، كالأخ، وإن كثروا.

وقيل: له الثلث إن كان أحظ له ولا يعاد بأخت.

قال الزركشى: وعلى القول بأنه لا يفرض للأب: لا يفرض للجد مع الإخوة بل يكون كأحدهم، وإن كثروا. ويعادونه بولد الأب، ولا يعادونه بالأخوات.

قال: قال: وهذا مقتضى قول أبى محمد فى الكافى^(٢)، والمغنى^(٣). انتهى.

قلت: وعلى رواية حجب الإخوة بالجد فى النسب: تسقط الإخوة بالجد هنا. وهو المختار، كإسقاط أبى الجد أولاد الإخوة. وجد المولى مقدم على عمه. انتهى.

وقال فى الانتصار: لما حملنا توريث أب سدسا بفرض مع ابن، على رواية توريث بنت المولى: فيجىء من هذا أنه يرث قرابة المولى بالولاء على نحو ميراثهم.

قوله: ﴿وَالْوَلَاءُ لَا يُورَثُ﴾.

(١) ذكره فى المحرر مقدماً ثم قال (ولا يرث بالولاء أفرض إلا الأب والجد ميراثان السدس مع الابن والجد مع الإخوة حيث فرض له معهم فى النسب / نص عليه) المحرر (١ / ٤١٨).

(٢) ظاهر من كلام المصنف فى الكافى. انظر المغنى (٢ / ٣١٨).

(٣) وكذلك يظهر من كلام المصنف فى المغنى. المغنى (٧ / ٢٧٣).

هذا المذهب. وعليه الأصحاب. وقدموه.

ونقل حنبل: والولاء لا يرث كما يرث المال، لكن يختص العصبه.

قال المصنف^(١)، والشارح: وشذ شريح فجعله موروثاً كالمال.

ونقل حنبل، ومحمد بن الحكم عن الإمام أحمد رحمه الله مثل قول شريح وغلطها أبو بكر، قالوا: وهو كما قال.

قوله: ﴿فَإِذَا مَاتَ الْمُعْتِقُ وَخَلَفَ عَتِيقُهُ وَأَبْنَيْنِ. فَمَاتَ أَحَدُ الْإِبْنَيْنِ بَعْدَهُ عَنِ ابْنِ، ثُمَّ مَاتَ الْعَتِيقُ: فَالْمِيرَاثُ لِابْنِ الْمُعْتِقِ﴾.

هذا مفرع على المذهب.

وعلى ما نقل حنبل: يكون لابن المعتق النصف، والنصف الآخر لابن ابن المعتق.

وكذا التفريع على المذهب في قوله «وإن مات الابنان بعده، وقبل المولى. وخلف أحدهما ابناً، والآخر تسعة. فولأؤه بينهم على عددهم. لكل واحد عشرة».

وعلى رواية حنبل: لابن المعتق نصفه. ولابن ابن المعتق نصفه.

وقيل: يرث ابن الابن في الأولى النصف، دون هذه.

ونقل ابن الحكم في هذه: يرث كل فريق نصفاً.

قوله: ﴿وَإِذَا اشْتَرَى رَجُلٌ وَأَخْتَهُ أَبَاهُمَا، أَوْ أَخَاهُمَا، ثُمَّ اشْتَرَى عَبْدًا، فَأَعْتَقَهُ،

ثُمَّ مَاتَ الْمُعْتِقُ. يَعْنِي الْأَبَ أَوْ الْأَخ: ثُمَّ مَاتَ مَوْلَاهُ. يَعْنِي: الْعَبْدَ الْعَتِيقُ: وَرَثَتُهُ الرَّجُلُ، دُونَ أَخِيهِ﴾.

وهذا مفرع على الصحيح من المذهب، من أن النساء لا يرثن من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن.

فأما على رواية إرث بنت المعتق: فترث هنا.

قاله المصنف، والشارح، والمجد^(٢)، وصاحب الفروع، وغيرهم.

وإنما لم ترث مع أخيها على المذهب، وإن كانت قد أعتقت من أعتق. لأن ميراث الأخ هنا من أبيه أو أخيه بالنسب. وهى مولاة المعتق. وعصبه المعتق مقدم على مولاه.

(١) ذكره المصنف في المغني بنصه وتماه. المغني (٧ / ٢٤٤).

(٢) قطع به المجد في المحرر فقال (فإن مات الأب ورثاه بالنسب أثلاثاً فإن ماتت البنت بعده ورثها أخوها بالنسب) المحرر (١ / ٤١٩).

٣٦٤ كتاب الفرائض

ولهذا قال فى الترغيب، والبلغة: أخطأ فيها خلق كثير.

قال ابن عقيل فى التذكرة:

مسألة عجبية: ابن وبنت اشترى أباهما. فعتق عليهما. ثم اشترى الأب عبدا فأعتقه. فهلك الأب، ثم هلك العبد.

فالجواب: أنه لما هلك الأب كان ماله بين ابنه وابنته، للذكر مثل حظ الأنثيين، بالتعصيب لا بالولاء، ولما هلك العبد. وخلف ابن مولاه، وبنت مولاه: كان ماله لابن مولاه، دون بنت مولاه. لأنه أقرب عصبة مولاه. لا خلاف فى ذلك.

وهذه المسألة: يروى عن مالك رحمه الله أنه قال «سألت سبعين قاضياً من قضاة العراق عنها فأخطئوا فيها».

ولو مات الابن قبل موت العتق: ورثت البنت من ماله بقدر ما أعتقت من أبيها والباقي بينها وبين معتق الأم.

فائدة: قوله: ﴿وَإِذَا مَاتَ امْرَأَةٌ، وَخَلَفَ ابْنُهَا وَعَصَبَتُهَا وَمَوْلَاهَا فَوَلَاؤُهُ لَابْنِهَا﴾. وكذلك الإرث. ﴿وَعَقْلُهُ عَلَى عَصَبَتِهَا﴾.

هذا صحيح. لكن لو باد بنوها: فولأؤه لعصبتها.

ونقل جعفر: لعصبة بنيتها.

قال فى الفروع: وهو موافق لقوله «الولاء لا يورث» ثم لعصبة بنيتها.

وقيل: لبيت المال. انتهى.

وقال فى الفائق بعد قوله: ثم لعصبة بنيتها قال ابن عقيل فى منشوره: وجدت فى تعاليقى قال شيخنا: وجدت عن الإمام أحمد رحمه الله: أن ذوى الأرحام من العتق مثل خالته وعمته يرثون من الولي، إذا لم يكن له عصبة ولا ذو فرض.

قلت: قال ابن أبى موسى: فإن مات العبد، ولم يترك عصبة، ولا ذا سهم، ولا كان لمعتقه عصبة: ورثه الرجال من ذوى أرحام معتقه، دون نسائهم. وعند عدمهم لبيت المال. انتهى. كلام صاحب الفائق.

تنبيه: قوله: ﴿فَوَلَاؤُهُ لَابْنِهَا. وَعَقْلُهُ عَلَى عَصَبَتِهَا﴾.

هذا مبنى على أن الابن ليس من العاقلة. وهو العاقلة. وهو إحدى الروايات.

وقدمه المصنف فى باب العاقلة.

كتاب الفرائض ٣٦٥

ومن قال: الابن من العاقلة وهو المذهب يقول: والولاء له والعقل عليه.. ومن قال: الابن عاقلة الأب، دون الأم كمختار الجدة يقيد المسألة بما إذا كان المعتق امرأة، كما قيدها المصنف هنا.

فائدة: لو أعتق سائبة، أو في زكاة، أو نذر، أو كفارة، أو قال: لا ولاء لي عليك وقلنا: لا ولاء له عليه كما تقدم ففي عقله عنه لكونه معتقاً روايتان. قاله أبو المعالي.

قوله: ﴿وَإِنْ أَعْتَقَ الْجَدُّ لَمْ يَجْزُ وَلَاءُهُمْ فِي أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ﴾.

وكذا قال في المذهب وغيره. وهذا المذهب. وعليه الأصحاب.

قال الزركشي: هو المشهور، والمختار للأصحاب من الروايات.

وقدمه في المغنى^(١)، والكافي^(٢)، والمحزر^(٣)، والشرح^(٤)، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، وغيرهم.

وعنه: يجره إلى مواليه.

فعليها: إن عتق الأب بعد الجدة: انجر الولاء من مولى الجدة إلى موالى الأب وكذا لو عتق من الأجداد من هو أقرب ممن عتق أولاً وجر الولاء.

وعنه: إن عتق الجدة بعد موت الأب جره. وإن عتق الجدة والأب حتى لم يجره بحال، سواء عتق الأب بعد، أو مات قنأ. حكاهما الحلال.

وعنه: يجره إذا عتق والأب ميت. وإن عتق والأب حتى لم يجره حتى يموت قنأ، فيجره من حين موته. ويكون في حياة الأب لوالى الأم.

نقلها أبو بكر في الشافى.

قوله: ﴿وَإِذَا اشْتَرَى الْوَلَدُ عَبْدًا، فَأَعْتَقَهُ. ثُمَّ اشْتَرَى الْعَبْدَ أَبَا مُعْتِقِهِ، فَأَعْتَقَهُ:

ثَبَتَ لَهُ وَلَاؤُهُ. وَجَرَ وَلَاءُ مُعْتِقِهِ. فَصَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَوْلَى الْآخَرِ﴾.

(١) ذكره في المغنى مقدماً فقال (فإن لم يعتق الأب ولكن عتق الجدة فقال أحمد لا ينجر الولاء ليس هو كالأب) المغنى (٧ / ٢٥٦).

(٢) ذكره أيضاً في الكافي مقدماً. قال (وإن أعتق الجدة لم ينجر الولاء لأن الأصل بقاء الولاء لمن ثبت له وإنما خولف هذا الأصل في الأب) الكافي (٢ / ٣١٩).

(٣) ذكره في المحزر مقدماً فقال: [وإن عتق جدده قبل الأب لم يجر ولاهم بحال] المحزر (١ / ٤١٩).

(٤) ذكره في الشرح مقدماً فقال: (قال أحمد رحمه الله الجدة لا يجوز الولاء ليس هو كالأب لأن الأصل بقاء الولاء لمستحقه وإنما خولف هذا الأصل للاتفاق على أنه يجوز يعتق الأب والجدة لا يساويه بدليل أنه لو عتق بعد الجدة عن مولى الجدة إليه). الشرح (٧ / ٢٦٩).

٣٦٦ كتاب الفرائض

بلا نزاع. فيعابى بها، وبالتى بعدها.

فائدتان

إحدهما: لو مات مولى الأب والجد: لم يعد الولاء إلى موالى الأم بحال، بل يكون للمسلمين. قاله فى المحرر^(١)، والرعايتين، والحاوى الصغير، وغيرهم.

وهو معنى قول المصنف «ولا يعود إلى موالى الأب بحال .

الثانية: قوله: ﴿وَمِثْلُهُ: لَوْ أَعْتَقَ الْحَرَبِيُّ عَبْدًا. ثُمَّ سَبَى الْعَبْدُ مُعْتَقَهُ فَأَعْتَقَهُ. فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وِلَاءٌ صَاحِبِهِ﴾.

فلو سبى المسلمون العتيق الأول، ثم أعتقوه: فولأؤه لمعتقه الأخير، على الصحيح من المذهب. قدمه فى المحرر^(٢)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق. وقيل: للأول. وقيل: لهما.

فعلى المذهب: لا ينجر ما كان للأول قبل الرق من ولاء ولد، أو عتيق إلى الأخير. قاله فى المحرر^(٣)، والرعايتين، وغيرهم.

قوله: ﴿وَهُوَ الْجُزْءُ الدَّائِرُ. لِأَنَّهُ خَرَجَ مِنَ الْأَخِ وَعَادَ إِلَيْهِ. فَفِيهِ وَجْهَانِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، الخلاصة، والكافى^(٤)، والبلغة، وشرح ابن منجاء، والحاوى الصغير.

أحدهما: هو لموالى الأم.

وهو المذهب. صححه فى التصحيح. وحزم به فى الوجيز. واختاره المصنف والشارح.

قال البونى: هذا قياس قول الإمام أحمد رحمه الله.

وقدمه فى النظم، والفروع وشرح ابن رزين.

والوجه الثانى: لبيت المال. لأنه لا مستحق له.

(١) ذكره فى المحرر بنصه. المحرر (١ / ٤١٨).

(٢) ذكره فى المحرر قال (ولو سبى المسلمون العتيق فاسترق ثم اعتق فولأؤه لمعتقه الآخر) المحرر (١ / ٤١٩).

(٣) قاله فى المحرر (فعلى الأول. وهو الأصح. لا ينجر ما كان للأول قبل الرق من ولاء ولد أو عتيق إلى الأخير) المحرر (١ / ٤١٩).

(٤) ذكر الأطلاق فى الكافى. الكافى (٢ / ٣٢٠).

كتاب الفرائض ٣٦٧

نصره القاضى فى المجرد. وقدمه فى الفصول. والرعائين.
واختاره ابن عبدوس فى تذكرته. وحزم به فى المنور.
وقيل: يرد على سهام الموالى أثلاثا. لموالى أمه الثلثان، ولموالى أمها الثلث. وأطلقهن
فى المحرر^(١)، والفائق.

* * *

(١) ذكر الإطلاق فى المحرر فقال (فإن مات أخوها بعد فما له لمواليه وهم أخته وموالى أمه فلموالى أمه
النصف والنصف الآخر لموالى الأخت وهم أخوها موالى أمها فلموالى أمها نصف ذلك وهو الربع يبقى
الربع وهو الجزء الزائد لأنه خرج من تركة الأخ وعاد إليه فليل: هو لمواليهما، لموالى أمه الثلثان ولموالى
أمها الثلث) المحرر (١ / ٤١٩).

كتاب العتق

فائدة: «العتق» عبارة عن تحرير الرقبة، وتخليصها من الرق.

قاله المصنف^(١)، والشارح.

قوله: ﴿وَهُوَ مِنْ أَفْضَلِ الْقُرْبِ﴾.

هكذا قال أكثر الأصحاب.

وقال في التبصرة، والحاوي الصغير: هو أحب القرب إلى الله تعالى.

فوائد

منها: أفضل عتق الرقاب: أنفسها عند أهلها، وأغلاها ثمناً. نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله.

قال في الفروع: وظاهره ولو كافرة. وفاقاً للإمام مالك رحمه الله. وخالفه أصحابه.

قال في الفروع: ولعله مراد الإمام أحمد رحمه الله. لكن يثاب على عتقه.

قال في الفنون: لا يختلف الناس فيه.

ومنها: عتق الذكر أفضل من عتق الأنثى. على الصحيح من المذهب. نص عليه في رواية ابن منصور.

وجزم به في المنور، ومنتخب الأدمى، والمغنى، والوجيز.

وقدمه في المحرر^(٢)، والنظم، والرعايتين، والفروع، والفائق، وتجريد العناية، وغيرهم.

وعنه: عتق الأنثى للأنثى أفضل. نص عليه في رواية عبد الله.

وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والحاوي الصغير، وإدراك الغاية.

ومنها: عتق الأنثى كعتق الذكر في الفكك من النار. ذكره ابن أبي موسى المذهب. وقدمه في الفروع، والفائق.

(١) هكذا عرفه في المغنى قال: (العتق في اللغة: الخلوص ومنه عتاق الخيل وعتاق الطير أى خالصتها وسمى البيت الحرام عتيقاً لخلوصه من أيدي الجبابرة وهو في الشرع تحرير الرقبة وتخليصها من الرق يقال عتق العبد وأعتقته أنا وهو عتيق ومعتق والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع). المغنى (٢٣٣ / ١٢).

(٢) ذكره في أول كتاب العتق في المحرر مقدماً فقال (وعتق العبد أفضل من عتق الأمة) المحرر (٢ / ٣).

كتاب العتق ٣٦٩

وعنه عتق امرأتين كعتق رجل في الفكاك. قدمه في القواعد الفقهية.
ومنها: التعدد في العتق أفضل من عتق الواحد. قاله القاضي، وابن عقيل،
وغيرهما. وجزم به في الفروع في باب الأضاحي.
ومال صاحب القواعد الفقهية فيها إلى أن عتق رقبة نفيسة بمال أفضل من عتق
رقاب متعددة بذلك المال.

وقال عن القول الأول فيه نظر.

قوله: ﴿فَأَمَّا مَنْ لَا قُوَّةَ لَهُ، وَلَا كَسْبَ: فَلَا يُسْتَحَبُّ عِتْقُهُ، وَلَا كِتَابَتُهُ، بَلْ
يُكْرَهُ﴾.

وهذا المذهب. جزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة،
والشرح^(١)، وشرح ابن منجا، والوجيز، والحاوي، وغيرهم.
وقدمه في الفروع، والفائق. وصححه في النظم، وغيره. وعنه: يستحب.
وأطلقهما في المحرر^(٢)، والرعايتين.
قال في الرعاية الكبرى، قلت: ويحتمل الاستحباب على القول بوجوب نفقته
عليه.

وعنه تكره كتابته دون عتقه. اختاره ابن عبدوس في تذكرته.
وعنه: تكره كتابة الأثني. ويأتي ذلك في أول «باب الكتابة».

فوائد

الأول: لو خيف على الرقيق الزنا والفساد: كره عتقه بلا نزاع أعلمه.
وإن ظن ذلك: وصح وحرّم. قاله المصنف^(٣)، والشارح، وغيرهما.
واقصر عليه في الفروع، وقال: ويتوجه فيه كمن باع أو اشترى بقصد الحرام.
وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله: ولو أعتق جارية، ونيته بعثها أن تكون
مستقيمة: لم يحرم عليه بيعها، إذا كانت زانية.

(١) قطع به في الشرح فقال (لسقوط نفقته عن سيده بإعتاقه فيضيع أو يصير كلا على الناس ويحتاج إلى
المسئلة فلا يستحب عتقه ولا كتابته). الشرح (٧ / ٢٣٤).

(٢) ذكر الاطلاق صاحب المحرر فقال (وفي استحباب عتق من لا كسب له وكرهية كتابته روايتان)
المحرر (٢ / ٣).

(٣) ذكره في المغنى بنصه وقامه. المغنى (١٢ / ٢٣٤).

٣٧٠ كتاب العتق

الثانية: لو أعتق عبده أو أمته، واستثنى نفعه مدة معلومة: صح. نص عليه، لحديث سفينة.

وكذا لو استثنى خدمته مدة حياته. قاله في القاعدة الثانية والثلاثين.
قال: وعلى هذا يتخرج أن يعتق أمته، ويجعل عتقها صداقها. لأنه استثنى الانتفاع بالبضع. ويملكه بعقد النكاح، وجعل العتق عوضاً عنه. فانعقدا في آن واحد.
ويأتى بعض ذلك في هذا الباب، عند قوله «وإن قال: أنت حر على أن تخدمنى سنة إن شاء الله».

الثالثة: قال في الرعايتين، والفائق، يصح العتق ممن تصح وصيته.
قال في الفائق: وإن لم يبلغ. نص عليه. قاله في الرعاية الكبرى.
وعنه: بل وهبة. انتهى.

وقال في المذهب: يصح عتق من يصح بيعه.
قال الناطم: ولا يصح إلا ممن يصح تصرفه في ماله في المؤكد.
وقدم هذا في المستوعب.

وقال ابن عقيل: يصح عتق المرتد.
وقطع المصنف وغيره: أنه لا عتق لمميز.
وقال طائفة من الأصحاب: لا يصح عتق الصغير بغير خلاف. منهم المصنف.
وأثبت غير واحد الخلاف فقال في الإرشاد، والمبهج، والترغيب في عتق ابن عشر، وابنة تسع: روايتان.

وقال في الموجز: وفي صحة عتق المميز روايتان.
وقال في الانتصار، والهداية، والمذهب، والخلاصة، والمصنف^(١) في باب الحجر وغيرهم: في صحة عتق السفية روايتان.

وقدمه في التبصرة: صحة عتق المميز، والسفيه، والمفلس.
وقال في عيون المسائل: قال الإمام أحمد رحمه الله: يصح عتقه. انتهى.

(١) حزم به المصنف في الكافي قال (ولا يصح العتق إلا من جازئ التصرف ولا يصح من صبي ولا مجنون ولا سفية لأنه تبرع في الحياة فإشبهه الهبة) الكافي (٢ / ٣٢٢). وذكر الروايتين في المغنى (٢٣٨/١٢).

كتاب العتق ٣٧١

ونقل أبو طالب، أبو الحارث، وابن مشيش: صحة عتقه.
وإذا قلنا بصحة عتقه. فضبطه طائفة بعقله العتق. وقاله الإمام أحمد رحمه الله في
رواية ابنه صالح، وأبي الحارث، وابن مشيش.
وضبطه طائفة بعشر في الغلام، وتسع في الجارية، كما ذكرناه عن صاحب المبهج
والترغيب.

وقال الإمام أحمد رحمه الله في رواية أبي طالب: في الغلام الذي لم يحتلم يطلق
امرأته: إذا عقل الطلاق جاز طلاقه، ما بين عشر سنين إلى اثنتي عشرة سنة. وكذلك
إذا أعتق: جاز عتقه. انتهى.

ومن اختار من الأصحاب صحة عتقه: أبو بكر عبد العزيز: ذكره في آخر كتاب
المدبر من الخلاف.

فقال: وتدبير الغلام إذا كان له عشر سنين: صحيح، وكذلك عتقه، وطلاقه.
انتهى.

وتقدم بعض ذلك في أول كتاب البيع وباب الحجر.
تنبيه: ﴿ظاهر قوله: فَأَمَّا الْقَوْلُ، فَصَرِيحُهُ: لَفْظُ «الْعِتْقِ» وَ «الْحُرِّيَّةِ» كَيْفَ
صُرِّفَا﴾.

إن العتق يحصل بذلك، ولو تجرد عن النية. وهو صحيح. وهو المذهب. وعليه
الأصحاب.

وعنه: تعتبر النية مع القول الصريح.
قال في الفائق، قلت: نية قصد الفعل معتبرة، تحرزاً من النائم ونحوه. ولا تعتبر نية
العبادة ولا القرية. فيقع عتق الهازل. انتهى.

وقال ابن عقيل في الفنون: الإمامية يقولون: لا ينفذ إلا إذا قصد به القرية.
قال: وهذا يدل على اعتبار النية لوقوعه. فإنهم جعلوه عبادة. قال: وهذا لا بأس
به. انتهى.

ويحتمل عدم العتق بالصريح، إذا نوى به غيره. قاله المصنف وغيره.
فائدة: لو قصد غير العتق بقوله «عبدى هذا حر» يريد عِفَّتَه وكرم أخلاقه، أو
يقول له «ما أنت إلا حر» يريد به عدم طاعته، ونحو ذلك: لم يعتق، على الصحيح من
المذهب.

٣٧٢ كتاب العتق

قال المصنف^(١)، والشارح، وصاحب الفروع، وغيرهم: هذا ظاهر المذهب.
قال في الترغيب، وغيره: هو كالطلاق فيما يتعلق باللفظ، والتعليق، ودعوى
صرف اللفظ عن صريحه.

قال أبو بكر: لا يختلف حكمهما في اللفظ والنية.
وجزم في التبصرة: أنه لا يقبل في الحكم.
وعلى الأول: لو أراد العبد إحلافه، كان له ذلك. نص عليه.
تنبيه: قوله «صريحه لفظ العتق والحرية كيف صرفاً».
ليس على إطلاقه. فإن الألفاظ المتصرفة منه خمسة: ماض، ومضارع، وأمر،
واسم فاعل، واسم مفعول، والمشتق منه. وهو المصدر.
فهذه ستة ألفاظ. والحال أن الحكم لا يتعلق بالمضارع، ولا بالأمر. لأن الأول:
وعد. والثاني: لا يصلح للإنشاء، ولا هو خير.
فيكون لفظ المصنف عاماً أريد به الخصوص.
وقد ذكر مثل هذه العبارة في باب التدبير، وصريح الطلاق.
وكذا ذكر غيره من الأصحاب. ومرادهم ما قلناه.
قوله: وفي قوله: لا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ، وَلَا سُلْطَانَ لِي عَلَيْكَ، وَلَا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ،
وَلَا رِقَّ لِي عَلَيْكَ. وَفَكَكْتُ رَقَبَتَكَ. وَأَنْتَ مَوْلَايَ. وَأَنْتَ لِلَّهِ، وَأَنْتَ سَائِبَةٌ:
رَوَايَتَانِ.

وكذا «لا خدمة لي عليك» و«ملكك نفسك» وأطلقهما في مسبوك الذهب،
والكافي^(٢)، والهادي، والحرر^(٣)، والبلغة، والفروع.

(١) قاله المصنف في الكافي: (وإن أراد بهما غير العتق كرجل يقول. لغلامه ما أنت إلا حر يريد أنك
تمتنع من طاعتي امتناع الحر فقال أحمد في روية حنبل: أرجو أن لا يعتق وأنا أهاب المسألة فظاهر هذا
أنه لا يعتق لأنه نوى بلفظه ما يحتمله، فانصرف إليه كما لو نوى العتق بكنايته) الكافي (٢ / ٣٢١).
والمغني (١٢ / ٢٣٥).

(٢) ذكر الإطلاق المصنف في الكافي فقال منه روايتان. أحدهما هو صريح في العتق لأنها تتضمن العتق
وقد جاء في كتاب الله تعالى «فك رقبة» يعتق العتق فكانت صريحة كقوله: أعقتك. الثانية: هو كتابة
لأنها تحتمل غير العتق الكافي (٢ / ٣٢١).

(٣) ذكر الإطلاق فيه صاحب الحرر فقال (فعنه أنه كتابة. وعنه أنه صريح) الحرر (٢ / ٣).

كتاب العتق ٣٧٣

وأطلقهما فى الشرح^(١) فى قوله «فككت رقبتك، وأنت سائبة، وأنت مولاي، وَمَلَّكَتْكَ رَقَبَتَكَ» إحداهما صريح. صححه فى التصحيح، وتصحيح المحرر. وجزم به فى الوجيز.

قال ابن رزین: وفيه بعد.

والرواية الثانية: كِنَايَةٌ.

صححه فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والنظم، والحاوى الصغير.

وجزم به فى المنور، ومنتخب الأدمى، وتذكرة ابن عبدوس.

وقدمه فى الخلاصة، والرعايتين، وإدراك الغاية.

وصححه ابن رزین فى شرحه، وقدمه.

واختاره المصنف^(٢): أن قوله «لا سبيل لى عليك، ولا سلطان لى عليك» كناية.

وقال القاضى فى قوله «لا ملك لى عليك، ولا رق لى عليك، وأنت لله» صريح. نص عليه. قدمه فى الفائق.

وقال: ومن الكناية قوله «لا سلطان لى عليك، ولا سبيل لى عليك، وفككت رقبتك، وملكك نفسك، وأنت مولاي، أو سائبة» فى أصح الروايتين.

وقطع فى الإيضاح أن قوله «لا ملك لى عليك، وأنت لله» كناية.

وقال: اختلفت الرواية فى ثلاثة ألفاظ، وهى «لا سبيل لى عليك ولا سلطان، وأنت سائبة».

وقال ابن البنا فى خصاله: قوله «لا مِلِكَ لى عَليكَ، ولا رِقَّ لى، وَأَنْتَ لِلَّهِ: صَرِيح».

وقال: اختلفت الرواية فى ثلاثة ألفاظ. وهى التى ذكرها فى الإيضاح.

وظاهر كلامه فى الواضح: أن قوله «وهبتك لله» صريح.

وسوى القاضى وغيره بينها وبين قوله «أنت لله».

وقال فى الوجيز: هى وقوله «رفعت يدي عنك إلى الله» كناية.

قوله: وَفِي قَوْلِهِ: لَأَمَّتِهِ: أَنْتَ طَالِقٌ، أَوْ أَنْتَ حَرَامٌ: رَوَايَتَانِ.

(١) ذكر فيه الإطلاق صاحب الشرح (إحداهما أنه صريح والأخرى: كناية) الشرح (١٢ / ٢٣٦).

(٢) ذكره المصنف فى المغنى فقال والثانية كناية وهو الصحيح (١٢ / ٢٦٣).

٣٧٤..... كتاب العتق

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والهادى، والكافى^(١)، والبلغة، والمحرم^(٢)، والفروع، والفائق، والحاوى الصغير.

إحداهما: كِنَايَةُ. وهو المذهب. جزم به فى الوجيز، ونظمه، والمنور، وتذكرة ابن عبدوس، وغيرهم.

وصححه فى التصحيح، والنظم. وقدمه فى الخلاصة، والرعايتين، وإدراك الغاية. قدمه ابن رزين فى قوله «أنت حرام».

والرواية الثانية: أنه لغو. وقدمه ابن رزين فى قوله «أنت طالق».

وصحح المصنف، والشارح: أنه كناية فى قوله «أنت حرام».

وأطلق الروايتين فى قوله «أنت طالق».

وقال فى الانتصار: حكم قوله «اعتدى» حكم هذه المسألة، وأنه يمتثل مثله فى لفظ الظهار.

قوله: وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ وَهُوَ أَكْبَرُ مِنْهُ أَنْتَ ابْنِي: لَمْ يَعْتَقْ. ذَكَرَهُ الْقَاضِي. وهو المذهب.

قال فى الفروع: لم يعتق فى الأصح: وجزم به فى الوجيز.

وقدمه فى المحرم^(٣)، والنظم، والرعايتين، والمغنى^(٤)، والشرح^(٥)، ونصره.

ويحتمل أن يَعْتَقَ. وهو تخريج وجه لأبى الخطاب.

وقال أبو الخطاب وتبعه فى الحاوى الصغير لا نص فيها. إلا أن القاضى قال: لا يعتق.

(١) ذكر فيها الإطلاق صاحب الكافى. إحداهما، هو كناية تعتق به إذا نوى به العتق لأن الرق العتق لأن الرق أحد الملكين فى آدمى، فيزول بلفظ الطلاق كملك النكاح والحرية يحصل بها تحررها عليه فحاز أن يكون كناية فيه. الثانية: ليس بكناية لأنه ملك لا يستدرك بالرجعة فلم يزل بالطلاق كملك المال. والتحرير صريح فى الظهار قلنت يستدرك كناية فى العتق كقوله: أنت على كظهر أمى) الكافى (٢ / ٣٢٢).

(٢) ذكر فيه روايتان صاحب المحرم فقال: (قال فليس بصريح. وفى كونه كناية روايتان) المذهب أنه كناية المحرم (١ / ٣).

(٣) قاله فى المحرم: (ولو قال لعبده وهو أسن منه أنت ابني لم يعتق) المحرم (٢ / ٣).

(٤) ذكره فى المغنى قال (فان قال لأكبر منه: أو لمن لا يريد لثله هذا ابني لم يعتق ولم يثبت نسبه لأنه يتحقق كذبه فيه فلم يثبت به الحرية) المغنى (٧ / ٢٣٧).

(٥) قدمه فى التشرع كما فى المغنى. الشرح (١٢ / ٢٣٨ ٩).

كتاب العتق ٣٧٥

وقال أبو الخطاب: يحتمل أن يعتق.

تنبيه: قوله: ﴿وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ أَكْبَرُ مِنْهُ﴾.

قال ذلك المصنف على سبيل ضرب المثال. وإلا فحيث قال ذلك لمن لا يمكن كونه منه، فإنه داخل في المسألة.

وإذا أمكن كونه منه، فلا يخلو: إما أن يكون للعبد نسب معروف، أو لا.

فإن لم يكن له نسب معروف: عتق عليه.

وإن كان له نسب معروف، فالصحيح من المذهب: أنه يعتق عليه أيضاً. لاحتمال أن يكون وطىء بشبهة.

وقدمه في الفروع. وقاله القاضي في خلافه، وابنه أبو الحسين، والآمدى.

وقيل: لا يعتق. لكذبه شرعاً.

وهو احتمال في انتصار أبى الخطاب.

وأطلقهما في الحرر^(١)، والنظم، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق.

تنبيه: قال ابن زجب وتبعه في القواعد الأصولية: هذا جميعه مع إطلاق اللفظ. أما إن نوى بهذا اللفظ الحرية: فينبغى عتقه بهذه النية، مع هذا اللفظ.

قال ابن رجب: ثم رأيت أبا حكيم وجه القول بالعتق، وقال: لجواز كونه كناية في العتق.

فائدة: لو قال لأصغر منه «أنت أبى» فالحكم: كما لو قال لأكبر منه «أنت ابنى» قاله في الفروع، والفائق. وقاسه في الرعايتين على الأول من عنده.

فائدة أخرى: لو قال «أعتقتك» أو «أنت حر من ألف سنة» لم يعتق.

وقال في الانتصار: ولو قال لأمته «أنت ابنى» أو لعبده «أنت بنتى» لم يعتق.

فائدة: لو قال لزوجته وهى أكبر منه «هذه ابنتى» لم تطلق بذلك. بلا نزاع.

قوله: ﴿وَإِنْ أَعْتَقَ حَامِلًا: عَتَقَ جَنِينَهَا، إِلَّا أَنْ يَسْتَنْبِيَهُ. وَإِنْ أَعْتَقَ مَا فِي بَطْنِهَا دُونَهَا: عَتَقَ وَحْدَهُ﴾.

في الحال. هذا المذهب. نص عليه.

(١) ذكر الإطلاق في الحرر فقال (على الوجهين) الحرر (٢ / ٣).

٣٧٦ كتاب العتق

وجزم به فى الوجيز، والمغنى^(١)، والشرح^(٢)، وغيرهم.
وقدمه فى المحرر^(٣)، والنظم، والرعايتين، والحاوى الصغير.
والقول بعتق جنينها معها، إلا أن يستثنيه: من مفردات المذهب.
وقيل: لا يعتق الحمل فيهما حتى تضعه حياً. فيكون كمن علق عتقه بشرط.
فيجوز بيعه قبل وضعه، تبعاً لأمه. وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله. نص عليه
فى رواية ابن منصور.
وقاله فى القاعدة الرابعة والثمانين.
وقال بعد ذلك: قياس ما ذكره القاضى، وابن عقيل: أنه لا يعتق بالكلية فيما إذا
أعتق حاملاً. إذ هو كالمعدوم قبل الوضع. قال: وهو بعيد جداً.
وتوقف الإمام أحمد رحمه الله فى رواية ابن الحكم: هل يكون الولد رقيقاً إذا
استثناه من العتق؟
وخرج ابن أبى موسى، والقاضى: أنه لا يصح استثنائه على قياس استثنائه فى
البيع.
فائدة: لو أعتق أمة حملها لغيره وهو موسر، كالموصى به: عتق الحمل أيضاً،
وضمن قيمته. ذكره القاضى. وجزم به فى المنور.
واختاره القاضى، والشرىف أبو جعفر، وأبو الخطاب، قاله فى القواعد.
وقدمه فى النظم، والفروع، والرعايتين، والحاوى الصغير.
وقيل: لا يعتق. جزم به فى الترغيب.
واختاره فى المحرر^(٤)، وصاحب التلخيص. وقدمه فى المستوعب.
قوله: ﴿فَأَمَّا الْمَلِكُ: فَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ: عَتَقَ عَلَيْهِ﴾.
وهو المذهب مطلقاً. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به فى الوجيز وغيره.

(١) ذكره فى المحرر (١ / ٤١٩).

(٢) ذكره فى الشرح وقطع به (لأنه يتبعها فى البيع والهبة فى العتق أولى فإن استثناه لم يعتق ولقول النبى ﷺ (المسلمون على شروطهم، ولأنه يصح إقراره بالعتق فصح استثنائه كالمنفصل) الشرح (١٢ / ٢٣٨).

(٣) ذكره فى المحرر مقدماً. المحرر (٢ / ٤).

(٤) ذكره فى المحرر فقال [ولو أعتق الموسر أمة حملها لغيره عتق عليه وضمن قيمته ذكره القاضى وعندى: أنه باق للمالكه] المحرر (٢ / ٤).

كتاب العتق ٣٧٧
وقدمه في المحرر^(١)، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، والفائق، والنظم، وغيرهم.

وعنه: لا يعتق إلا عَمُودَى النسب.
قال في الكافي^(٢): بناء على أنه لا نفقة لغيرهم.
وقال في الانتصار: ولنا فيه خلاف.
واختار الآجری: لا نفقة لغيرهم.
ورجح ابن عقيل: لا عتق بالملك.
وعنه: إن ملكه يارث: لم يعتق.
وفي إجباره على عتقه: روايتان. ذكره ابن أبي موسى.
وعنه: لا يعتق الحمل حتى يولد في ملكه حياً.
فلو زوج ابنه بأمة، فحملت منه في حياته. ثم ولدت بعد موت جده. فهل هو موروث عنه، أو حر؟ فيه روايتان.
ذكره في المحرر^(٣)، والرعايتين، والفروع، وغيرهم.
فائدة: لو ملك رجلاً غير محرم عليه، أو ملك محرماً برضاع، أو مصاهرة: لم يعتق.
نص عليه في رواية الجماعة. هذا المذهب. وعليه الأصحاب.
وعنه: أنه كره بيع أخيه من الرضاع. وقال: يبيع أخاه؟!.
قوله: ﴿وَإِنْ مَلَكَ وَلَدَهُ مِنَ الزَّانَا. يعني: وإن نزل: لَمْ يَعْتِقْ﴾.
في ظاهر كلامه، وهو المذهب. نص عليه. وعليه أكثر الأصحاب.
وجزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في المحرر^(٤)، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، والفائق، والنظم، والمغنى^(٥)، والشرح^(٦)، وشرح ابن منجا.

-
- (١) ذكره في المحرر مقدماً فقال (ومن ملك ذا رحم محرم عتق عليه) المحرر - (٢ / ٤).
(٢) ذكره في الكافي بنصه وثممه. الكافي (٢ / ٣٢٤).
(٣) ذكره في المحرر بنصه. المحرر (٢ / ٤).
(٤) قدمه في المحرر فقال (لم يعتق على المنصوص) المحرر (٢ / ٤).
(٥) ذكره في المغنى مقدماً فقال [وإن ملك ولده من الزنا لم يعتق عليه على ظاهر كلام أحمد لأن أحكام الولد غير ثابتة فيه] المغنى (٢٤٩/٧).
(٦) ذكره في الشرح مقدماً كما في المغنى. الشرح (١٢ / ٢٤٣).

٣٧٨ كتاب العتق

قال فى مسبوك الذهب، وغيره: هذا ظاهر المذهب.

قال الزركشى: عليه الأصحاب.

ويحتمل أن يعتق. واختاره بعض الأصحاب. وهذا الإحتمال لأبى الخطاب.

فائدة: لو ملك أباه من الزنا، فحكمه حكم ماله ملك ابنه من الزنا.

ذكره فى التبصرة، والرعاية. واقتصر عليه فى الفروع.

قلت، إن أرادوا: أن أباه ولد زنا، وولده ولد زنا منه. فهذا محتمل. وإن أرادوا: أباه ولد زنا، وولده الذى ملكه، هو ولده من الزنا: فمسلم. وهو مرادهم. والله أعلم.

وإن أرادوا، أن أباه: ولد زنا، وولده الذى ملكه: ليس من زنا. فهذا غير مسلم، بل يعتق عليه هنا. وهو داخل فى كلامهم.

قوله: ﴿وَإِنْ مَلَكَ سَهْمًا مِمَّنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ الْمِيرَاثِ - وَهُوَ مُوسِرٌ - عَتَقَ عَلَيْهِ كُلَّهُ﴾.

اعلم أنه إذا ملك جزءاً ممن يعتق عليه - وكان ملكه له بغير الميراث - فلا يخلو: إما أن يكون موسراً، أو معسراً.

فإن كان موسراً، فلا يخلو: إما أن يكون موسراً بجميعه، أو موسراً ببعضه.

فإن كان موسراً بجميعه: عتق عليه فى الحال. على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب.

وقيل: لا عليه قبل أداء القيمة.

اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله، وصاحب الفائق. ومال إليه الزركشى.

فعليه: لو أعتق الشريك قبل أدائها: فهل يصح عتقه؟ فيه وجهان. وأطلقهما فى الفروع.

قال فى الرعاية: فهل يصح عتقه؟ يحتمل وجهين.

أحدهما: يصح. الشيخ تقي الدين، وصاحب الفائق رحمهما الله.

والثانى: لا يصح.

تنبيه: قوله: ﴿وَعَلَيْهِ قِيمَةُ نِصْفِ شَرِيكِهِ﴾.

بلا نزاع. ويأتى فى كلام المصنف قريباً: متى يقوم؟.

كتاب العتق ٣٧٩

فائدة: قال الإمام أحمد رحمه الله: له نصفه، لا قيمة النصف.

قال في الفروع: لا قيمة للنصف. ورده ابن نصر الله في حواشيه. وتأول كلام الإمام أحمد رحمه الله.

قال الزركشي: هل يقوم كاملاً، ولا عتق فيه، أو قد عتق بعضه؟ فيه قولان للعلماء. أصحهما: الأول.

وهو الذي قاله أبو العباس فيما أظن. لظاهر الحديث. ولأن حق الشريك إنما هو في نصف القيمة، لا قيمة النصف. بدليل ما لو أراد البيع. فإن الشريك يجبر على البيع معه. إنتهى كلام الفروع.

وكذا الحكم. لو أعتق شريكاً في عبد وهو موسر، على ما يأتي.

وإن كان موسراً ببعضه: عتق عليه. على الصحيح من المذهب^(١)، بقدر ما هو موسر به. نص عليه في رواية ابن منصور.

قال في الفائق: عتق بقدره في أصح الوجهين.

وقدمه في الرايتين، والزركشي، والفروع، وغيرهم.

وجزم به في المستوعب، والمغنى^(٢)، والشرح^(٣)، وغيرهم.

وقيل: لا يعتق إلا مملكه والحالة هذه.

تنبيه: شمل قوله: «عَتَقَ كُلَّهُ».

لو كان شقص شريكه مكاتباً، أو مدبراً، أو مرهوناً. وهو صحيح. وهو المذهب.

وعليه أكثر الأصحاب. وقدمه في الفروع.

وقال القاضي: يمتنع العتق في المكاتب والمدبر، إلا أن يبتلا. فيسرى حيثنذ.

وحيث سرى: ضمن حق الشريك بنصف قيمته مكاتباً. على الصحيح. قدمه في الفروع.

وعنه: يضمه بما بقي من الكتابة. جزم به الروضة. وأطلقهما في المحرر^(٤).

(١) ذكره في الترح فقال: (جملة ذلك أن من ملك مسهما من يعتق عليه ما ملك منه سواء ملكه بعوض أو بغير عوض فإن كان موسراً سرى إلى باقيه فعتق جميع العبد). الشرح (١٢ / ٢٤٤) المحرر (٢ / ٥) العمدة (٣٤٧) الكافي (٢ / ٣٢٤) المغنى (١٢ / ٢٦٨).

(٢) ذكره في المغنى فقال (ومن أحمد ما يدل على أنه يسرى إلى نصيب شريكه إذا كان موسراً لأنه عتق عليه بعضه وهو موسر فسرى إلى باقيه كما لو وصى له به فقبله) المغنى (١٢ / ٢٦٩).

(٣) ذكره في الشرح كما في المغنى. الشرح (١٢ / ٢٤٥).

(٤) ذكر الإطلاقي في المحرر (٢ / ٥).

٣٨٠ كتاب العتق

وأما المرهون: فيسرى العتق عليه. وتؤخذ قيمته، فتجعل مكانه رهناً. قاله فى الترغيب. واقتصر عليه فى الفروع.

فائدة: حدّ «الموسر» هنا: أن يكون حين الإعتاق قادراً على قيمة الشقص، وأن يكون فاضلاً عن قوته وقوت عياله، يومه وليلته، كالفطرة، على ما تقدم هناك. نص عليه.

وجزم به فى الوجيز، والمغنى^(١)، والشرح^(٢)، وغيرهم.

وقدمه فى الفروع، وغيره. قاله القاضى فى المجرد، وابن عقيل فى الفصول.

قال أبو بكر فى التنبيه «اليسار» هنا: أن يكون له فضل عن قوته وقوت عياله، يومه وليله، وما يفتقر إليه من حوائجه الأصلية، من الكسوة والمسكن، وسائر مالا بد منه. نقله عنه فى المغنى^(٣)، والشرح^(٤).

قال الزركشى: ولم أره فيه: أن يكون مالكا مبلغ حصّة شريكه.

قال الزركشى: وهو ظاهر كلام غيره. وأورده ابن حمدان مذهباً.

وقال فى المغنى^(٥): مقتضى نصه: لا يباع له أصل مال.

قال فى الفائق: ولا يباع له دار، ولا ربا ع. نص عليه.

وقال فى الرعاية، وقيل: بل إن كان ما يغرمه المولى فاضلاً عن قوت يومه وليلته قلت: وعن قوت من تلزمه نفقته فيهما مالا بد لهما منه. انتهى.

والاعتبار باليسار والإعسار: حالة العتق. فلو أيسر المعسر بعده: لم يسر إليه، ولو أعسر الموسر: لم يسقط ما وجب عليه. نص على ذلك.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً﴾. يعنى: بجميعه. ﴿لَمْ يَعْتِقْ عَلَيْهِ إِلَّا مَا مَلَكَ﴾.

وهذا المذهب. وعليه معظم الأصحاب. وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى المحرر^(٦)، والنظم، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم.

(١) ذكر فى المغنى بنصه وتماه. المغنى (١٢ / ٢٤٧).

(٢) ذكره فى الشرح بنصه وتماه. الشرح (١٢ / ٢٥٤).

(٣) ذكره فى المغنى بنصه وتماه. المغنى (١٢ / ٢٤٧).

(٤) ذكره فى الشرح بنصه وتماه. الشرح (١٢ / ٢٥٤).

(٥) ذكره فى المغنى بنصه وتماه. المغنى (١٢ / ٢٤٧).

(٦) ذكره فى المحرر (وإن كان معسراً أعتق نصيبه وبقي نصيب الشريك له) المحرر (٢ / ٥).

قال المصنف^(١)، والشارح، وغيرهما: هذا ظاهر المذهب.
وعنه يعتق كله. ويُستسقى العبد في بقيته. نصره في الانتصار. واختاره أبو محمد الجوزي، والشيخ تقي الدين رحمهم الله.
فعلى هذه الرواية: قيمة حصّة الشريك في ذمة العبد. وحكمه حكم الأحرار. فلو مات ويده مال كان لسيدّه ما بقى من السعاية، والباقي إرث. ولا يرجع العبد على أحد بشيء. وهذا الصحيح. قدمه في الرعاية.
قال الزركشي: وهو ظاهر كلام الأكثرين، وهو كما قال.
فإنهم قالوا: يعتق العبد كله. ويحتمل أن لا يعتق حتى يؤدي حق السعاية. واختاره أبو الخطاب في الانتصار. وقدمه ابن زرين في شرحه.
فيكون حكمه حكم عبد بعضه رقيق. فلو مات كان للشريك من ماله مثل ماله، عند من لم يقل بالسعاية.
وأطلقهما في المغنى^(٢)، والشرح^(٣)، والفروع، والزركشي.
قوله: ﴿وَإِنْ مَلَكَهُ بِالْمِيرَاثِ: لَمْ يَعْتِقْ مِنْهُ إِلَّا مَا مَلَكَ، مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا﴾.
وهذا المذهب مطلقاً. وعليه أكثر الأصحاب.
وجزم به في الجامع، والكافي^(٤)، والوجيز، وغيرهم. وصححه في المحرر^(٥)، وغيره. وقدمه في الفروع وغيره.
وعنه: أنه يعتق عليه نصيب الشريك إن كان موسراً. نص عليها في رواية المروذي.
قوله: ﴿وَإِنْ مَثَلَ بَعِيدِهِ. فَجَدَعَ أَنْفَهُ، أَوْ أَدْنَاهُ وَنَحْوَهُ﴾.
وكذا لو خرق عضواً منه.

(١) ذكره المصنف في المغنى فقال فإن كان معسراً لحرية العتق واستقر في ذلك الجزء ورق الباقي المغنى (٢٦٨ / ١٢).

(٢) ذكر الإطلاق في المغنى فقال: (ويحتمل أن لا يعتق حتى تؤدي السعاية فيكون حكمه قبل أدائها حكم من بعضه رقيق إذا مات للشريك الذي لم يعتق من ماله قتل ما يكون له على قول من لم يقل بالسعاية لأنه إعتاق بأداء مال فلم يعتق قبل أدائه الثاني يرجع العبد على المعتق إذا أيسر لأنه كلفه بالسعاية باعتاقه) المغنى (٢٥١ / ١٢).

(٣) ذكر الإطلاق في الشرح كما في المغنى. الشرح (٢٥٦ / ١٢).

(٤) قطع به في الكافي فقال: (لأنه لا اختيار له في إعتاقه ولا سبب من جهته) الكافي (٣٢٤ / ٢).

(٥) ذكره في المجد فقال (لم يسر في أصح الروايتين) المحرر (٥ / ٢).

٣٨٢ كتاب العتق

قال فى الرعاية الكبرى: أو أحرقه بالنار: عتق عليه. نص عليه، للأثر وهو المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به فى المحرر^(١)، والوجيز، والمنور، وغيرهم. وقدمه فى الفروع، والمغنى، والشرح^(٢)، والنظم، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق وغيرهم.

قال القاضى: القياس أنه لا يعتق.

وقال جماعة من الأصحاب: لا يعتق المكاتب.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أنه سواء قصد التمثيل به، أو لم يقصده. وهو أحد الوجهين.

قال فى الفائق: ولم يشترط غير ابن عقيل القصد وقدمه فى الرعايتين.

وقيل: يشترط القصد فى ذلك. اختاره ابن عقيل.

وجزم به فى الوجيز. وأطلقهما فى الفروع.

فوائد

إحداها: حيث قلنا يعتق بالتمثيل: يكون الولاء لسيده. نص عليه وقدمه فى الرعايتين، والفائق.

وقيل: لبيت المال. ذكره فى الرعاية.

وقال ابن عقيل: يصرف فى الرقاب. قال: هو قياس المذهب.

قال فى الفائق، قلت: واختاره ابن الزاغونى. وأطلقهما فى الفروع.

وقال أيضاً فى الفائق: ويتوجه فى العمل به كقول ابن عقيل. وإن لم يشترط فكالمخصوص.

الثانية: هل يعتق بمجرد المثلة، أو يعتقه عليه السلطان؟.

قال فى الفائق: يحتمل روايتين من كلام الإمام أحمد رحمه الله.

قال فى رواية «يعتق» وقال فى رواية «يعتقه السلطان» وهما روايتان عن الإمام مالك رحمه الله.

والمعرف فى المذهب: أنه يعتق عليه بمجرد ذلك. قاله فى القواعد.

(١) قطع به فى المحرر قال عتق للأثر. نص عليه. المحرر (٢ / ٤).

(٢) ذكره فى الشرح مقدماً. الشرح (١٢ / ٢٤٦).

كتاب العتق ٢٨٣

وظاهر رواية الميموني: يعتقه السلطان عليه.

وقال فى الفائق أيضاً: ولو مثل بعبد مشترك سرى العتق إلى باقيه. وضمن للشريك. ذكره ابن عقيل.

الثالثة: قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: لو استكره المالك عبده على الفاحشة عتق عليه. وهو أحد القولين فى مذهب الإمام أحمد رحمه الله. وهو مبنى على القول بالعتق بالمتلة.

ولو استكره أمة امرأته على الفاحشة: عتقت. وغرم مثلها لسيدتها. قاله الإمام أحمد رحمه الله فى رواية إسحاق.

الرابعة: مفهوم كلام المصنف: أنه لو مثل بعبد غيره لا يعتق عليه. وهو الصحيح من المذهب.

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: يتوجه أن يعتق، واختاره.

الخامسة: مفهومه أيضاً: أنه لو لعن عبده لا يعتق عليه بذلك. وهو صحيح. وهو المذهب.

وذكر ابن حامد عن الإمام أحمد رحمه الله أنه قال: من لعن عبده فعليه أن يعتقه، أو لعن شيئاً من ماله أن يتصدق به.

قال: ويجبىء فى من لعن زوجته أنه يلزمه أن يطلقها.

قال ابن رجب فى شرح حديث «لييك» ويشهد لهذا فى الزوجة: وقوع الفرقة بين المتلاعنين، لما كان أحدهما كاذباً فى نفس الأمر، قد حقت عليه اللعنة أو الغضب.

السادسة: لو وطئ جاريتة المباحة التى لا يوطأ مثلها، فأفضاها: عتقت، وإلا فلا. قاله فى الرعاية الكبرى.

قوله: ﴿وَإِنْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ. فَمَالُهُ لِلْسَّيِّدِ﴾.

وهو المذهب. وعليه الأصحاب. جزم به فى الوجيز، وغيره.

٣٨٤ كتاب العتق

وقدمه فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والفروع، والفائق، وغيرهم. وعنه: للبعد.
فائدة: مثل ذلك فى الحكم: لو أعتق مكاتبه ويده مال. على الصحيح من
المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وعنه: له.

وإن فضل فضل بعد أداء الكتابة فهو للمكاتب
تنبيه: قوله: ﴿وَإِنْ أَعْتَقَ جُزْءًا مِنْ عَبْدِهِ، مُعِينًا أَوْ مُشَاعًا: عَتَقَ كُلَّهُ﴾.
مراده: إذا أعتق غير شعره وظفره وسنه، ونحوه.

قوله: ﴿وَإِنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ - وَهُوَ مُوسِرٌ بِقِيَمَةِ بَاقِيهِ - عَتَقَ كُلَّهُ﴾.
بلا نزاع من حيث الجملة، لكن لو كان موسراً ببعضه: فإنه يعتق منه بقدر ما هو
موسر به.

على الصحيح من المذهب. نص عليه فى رواية ابن منصور. وعليه أكثر
الأصحاب.

وقيل: لا يعتق عليه إلا حصته فقط. وتقدم ذلك قريباً، فليعاود.
وتقدم أيضاً «هل يوقف العتق على أداء القيمة أم لا؟»
قوله: ﴿وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ بَاقِيهِ يَوْمَ الْعِتْقِ لَشَرِيكِهِ﴾.
هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به أكثرهم. ونص عليه.
قال الزركشى: هذا المعروف المشهور.

وفى الإرشاد وجه: أن عليه قيمته يوم تقويمه. وحكاية الشيرازى أيضاً.
قال الزركشى: وهو قياس القول الذى لنا فى الغصب.
وكذا الحكم لو عتق عليه كله.

فائدة: لو عدت البيئنة بقيمته: فالقول قول المعتق. جزم به فى المغنى^(٣)،
والشرح^(٤) والرايعتين، والفروع، وغيرهم من الأصحاب.
وقال فى الفائق: ويقبل فيها قول الشريك مع عدم البيئنة. فلعله سبقة قلم.

(١) ذكره فى المغنى مقدماً فقال (لما روى الاثرام بإسناده عن ابن سعود أنه قال لعلامه عمير ياعمير إني
أريد أن اعتيقك عتقاً هنياً فاخبرنى بمالك فإنى سمعت رسول الله ﷺ يقول «لما رجل أعتق عبده أو
غلامه لم يخره بماله فماله لسيده» ولأن العبد وماله كانا جميعاً للسيد عن أحدهما فبقى ملكه فى
الأخر كما لو باعه) المغنى (١٢ / ٢٩٠).

(٢) ذكره فى الشرح مقدماً كما فى المغنى. الشرح (١٢ / ٤٦).

(٣) قطع به فى المغنى فقال: (القول قول المعتق لأنه ينكر الزيادة والأصل براءة الذمة منها) المغنى
(١٢ / ٢٤٦).

(٤) قطع به فى الشرح كما فى المغنى الشرح (١٢ / ٢٥٣).

كتاب العتق ٣٨٥

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا: لَمْ يَعْتَقْ إِلَّا نَصِيْبَهُ. وَيَبْقَى حَقُّ شَرِيْكِهِ فِيهِ﴾.

وهذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

وعنه: يعتق كله. ويستسعى العبد في قيمة باقيه، غير مشقوق عليه.

وتقدم ذلك كله وأحكامه وفروعه، والخلاف فيه، وما يتعلق بذلك من الفروع قريبا عند قوله «وإن ملك سهماً ممن يعتق عليه» فإن الحكم هنا وهناك واحد عند الأصحاب. فلا حاجة إلى إعادته.

تنبيه: يأتي قريبا «إذا أعتق الكافر نصيبه من مسلم، هل يسرى أم لا؟»

قوله: ﴿وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ لِثَلَاثَةٍ: لِأَحَدِهِمْ نِصْفُهُ، وَلِآخَرِ ثُلُثُهُ، وَلِلثَّالِثِ سُدُسُهُ. فَأَعْتَقَ صَاحِبُ النِّصْفِ وَصَاحِبُ السُّدُسِ مَعًا - وَهُمَا مُوسِرَانِ - عَتَقَ عَلَيْهِمَا. وَضَمِنَا حَقَّ شَرِيْكَيْهِمَا فِيهِ نِصْفَيْنِ. وَصَارَ وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا﴾.

وهذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. وجزم في الوجيز، والخرقي، وغيرهما.

وقدمه في الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى^(١)، والشرح^(٢)، والمحرر^(٣)، والنظم، والفروع، والراعيين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم.

قال الزركشي: وهو المذهب المجزوم به بلا ريب.

ويحتمل أن يضمناه على قدر ملكهما فيه. وهو لأبى الخطاب في الهداية.

وجزم به في المذهب، إلا أن تكون النسخة مغلوبة.

فائدتان

إحداهما: يتصور عتقهما معا في صور:

منها: أن يتفق بالعتق في آن واحد .

ومنها: أن يعلقاه على صفة واحدة.

ومنها: أن يوكلأ شخصا يعتق عنهما. أو يوكل أحدهما الآخر.

قوله: ﴿وَإِذَا أَعْتَقَ الْكَافِرُ نَصِيْبَهُ مِنْ مُسْلِمٍ - وَهُوَ مُوسِرٌ - سَرَى إِلَى بَاقِيهِ فِي

أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ﴾.

(١) ذكره في المغنى ثم قال (لأن النبي ﷺ قال إنما الولاء لمن أعتق) وكل واحد منهم قد أعتق حقه فثبت

له الولاء عليه) المغنى (٢٦٣/١٢).

(٢) وكذلك ذكره في الشرح (٢٥٧/١٢).

(٣) ذكره أيضا في المحرر مقدما فقال تساويا في ضمان الباقي وولائه) المحرر (٥/٢).

٣٨٦ كتاب العتق

وهو المذهب. وصححه في التصحيح، والمصنف^(١)، والشارح، والناظم.
قال في الفائق: سرى إلى سائره في أصح الوجهين.
وجزم به في الوجيز. وقدمه في الرعاية الصغرى، وشرح ابن رزين.
والوجه الثاني: لا يسرى. ذكره أبو الخطاب فمن بعده.
قال ابن رزين: وليس بشيء. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب،
والخلاصة، والمحرم^(٢)، والفروع، والحاوي الصغير.
وتقدم في كتاب البيع «هل يصح شراء الكافر مسلماً يعتق عليه بالرحم أم لا؟».
وتقدم في باب الولاء «إذا قال الكافر لرجل: أعتق عبدك المسلم عني، وعلى ثمنه:
هل يصح أم لا؟».
الثانية: لو قال «أعتقت نصيب شريكى» كان لغوا. ولو قال «أعتقت النصف»
انصرف إلى ملكه، ثم سرى. لأن الظاهر: أنه أراد نصيبه.
ونقل ابن منصور - في دار بينهما - فقال أحدهما «يعتك نصف هذه الدار»
لا يجوز. إنما له الربع من النصف، حتى يقول: نصيبى.
ولو وكل أحدهما الآخر، فأعتق نصفه ولا بناء. ففي صرفه إلى نصيب موكله، أم
نصيبه، أم إليهما؟ احتمالات في المغنى^(٣). واقتصر عليه في الفروع. قلت: الصواب
عتق نصيبه لا غير.
قوله: ﴿وَإِذَا ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ أَنَّ شَرِيكَهُ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ مِنْهُ -
وَهُمَا مُوسِرَانِ - فَقَدْ صَارَ الْعَبْدُ حُرًّا. لَا غَيْرَافٍ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِحُرِّيَّتِهِ. وَصَارَ
مُدَّعِيًا عَلَى شَرِيكَهِ قِيمَةَ حَقِّهِ مِنْهُ. وَلَاءٌ عَلَيْهِ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا. وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ: لَمْ
يَعْتَقْ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا﴾.
بلا نزاع أعلمه. لكن للعبد أن يحلف مع كل واحد منهما، ويعتق جميعه أو مع
أحدهما، ويعتق نصفه - إذا قلنا: إن العتق يثبت بشاهد وبيمين، وكان عدلاً - على ما
يأتى. ذكره الأصحاب.

(١) ذكره في المغنى ورجحه فقال (لعموم الخبر ولأن ذلك ثبت لإزالة الضرر فاستوى فيه المسلم والكافى
كالرد بالعيب والغرض هنا تكميل العتق ورفع الضرر عن الشريك دون التملك بخلاف الشراء) المغنى
(٢٤٣/١٢).

(٢) ذكر فيه صاحب المحرر الاطلاق فقال (وإذا أعتق الكافر الموسر شركا له من مسلم فهل يسرى؟ على
وجهين) المحرر (٥/٢).

(٣) ذكر المصنف فى المغنى أكثر من ثلاث احتمالات فى هذه المسألة. راجع المغنى (٣٠٦/١٢).

وذكر ابن أبي موسى: لا يصدق أحدهما على الآخر.
وذكره أبو بكر في زاد المسافر. وعلمه بأنهما خصمان، ولا شهادة لخصم على خصمه.

قوله: ﴿وَإِنْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ: عَتَقَ حَيْنَهُ. وَلَمْ يَسْرِ إِلَى نَصِيبِهِ﴾.

يعنى: إذا كانا معسرين. وهذا المذهب. وجزم به فى الوجيز، وغيره.
وقدمه فى الحرر^(١)، والنظم، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، وغيرهم.
وقال أبو الخطاب: يعتق جميعه.
قال النازم: وليس ببعيد. وأطلقهما فى الفائق.
فعلى قول أبى الخطاب: لا ولاء له فيما اشتراه مطلقاً، على الصحيح من المذهب.
قدمه فى الرعاية.

وقيل: له ولاؤه كله، إن أكذب نفسه.
قوله: ﴿وَإِذَا قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ: إِذَا أَعْتَقْتُ نَصِيبَكَ فَنَصِيبِي حُرٌّ. فَأَعْتَقَ الْأَوَّلُ، وَهُوَ مُوسِرٌ: عَتَقَ كُلَّهُ﴾.

وهو المذهب. وعليه الأصحاب. قال المصنف، والشارح، وغيرهما.
وقيل: يعتق عليهما. وهو احتمال للمصنف^(٢).
قوله: ﴿وَإِذَا قَالَ: إِذَا أَعْتَقْتُ نَصِيبَكَ، فَنَصِيبِي حُرٌّ مَعَ نَصِيبِكَ، فَأَعْتَقَ نَصِيبَهُ: عَتَقَ عَلَيْهِمَا، مُوسِراً كَانَ أَوْ مُعْسِراً﴾.

هذا المذهب. قال فى الفروع: والأصح عتقه عليهما.
قال فى المستوعب: قاله أصحابنا. قال الشارح: وهذا أولى.
وجزم به فى الهداية، والمذهب، والخلاصة، والحرر^(٣)، والوجيز، وغيرهم.
وقيل: يعتق كله على المعتق الأول.

(١) ذكره فى الحرر مقدماً فقال (فإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه حكم بعتقه ولم يسر إلى نصيبه) الحرر (٥/٢).

(٢) ذكر هذا الاحتمال المصنف فى الكافى. الكافى (٣٢٤/٢).

(٣) قطع به صاحب الحرر فقال (وإن قال فنصيبى فى نصيبك حر. عتق بالشرط مجاناً) الحرر (٦/٢).

فوائد

إحداها: وكذا الحكم - والخلاف والمذهب - فيما إذا قال «إذا أعتقت نصيبك فنصيبى حر قبل إعتاقك» قاله فى الفروع.

وقيل: يعتق جميعه على صاحب الشرط. ويضمن حق شريكه.

اختاره فى المستوعب. ومع إعسارهما يعتق عليهما.

الثانية: لو قال لأمته «إن صليت مكشوفة الرأس فأنت حرة قبله» فصلت كذلك: عتقت. على الصحيح من المذهب. قدمه فى الفروع، والرعاية الكبرى ذكره آخر الباب، وقال: صلاة صحيحة.

قيل: لا تعتق. حزم به أبو المعالى. لبطلان الصفة بتقدم المشروط.

الثالثة: لو قال «إن أقررت بك لزيد فأنت حر قبله» فأقر له به: صح إقراره فقط

الرابعة: لو قال «إن أقررت بك له فأنت حر ساعة إقرارى» لم يصح الإقرار ولا العتق.

قوله: ﴿وَيَصِحُّ تَغْلِيْقُ الْعَتَقِ بِالصُّفَاتِ، كَدُخُولِ الدَّارِ، وَمَجِئِ الْأَمْطَارِ. وَلَا يَمْلِكُ إِبْطَالُهَا بِالْقَوْلِ﴾.

هذا المذهب ^(١) وعليه الأصحاب قاطبة. وأكثرهم قطع به.

وذكر فى الانتصار، والواضح: أنه يجوز له فسخه.

ويأتى ذلك وغيره فى أول «باب تعليق الطلاق بالشروط».

قوله: ﴿وَلَهُ بَيْعُهُ، وَهَبُهُ، وَوَقْفُهُ، وَغَيْرُ ذَلِكَ﴾.

ولا يحرم عليه وطء أمته بعد تعليق عتقها. على الصحيح من المذهب. نص عليه.

وعنه: لا يطؤها.

فائدة: لا يتعلق قبل كمال الصفة. على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب.

خرج القاضى رواية - من الأيمان - بالعتق.

وقال فى الفائق: وهو ضعيف.

(١) ذكره المصنف فى المغنى (٢٩١/١٢) وصاحب الشرح (٢٦٧/١٢) وفى الكافى (٣٢٨/٢) العمدة

كتاب العتق ٣٨٩

قال النازم: لا يعبأ بما فى المجرّد. وردّه المصنّف، والشارح، من خمسة أوجه.
قوله: ﴿فَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ: عَادَتِ الصِّفَةُ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ قَدْ وَجِدْتَ مِنْهُ فِي حَالِ زَوَالِ مِلْكِهِ، فَهَلْ تَعُودُ بَعْدَهُ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والكافى^(١)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والشرح^(٢)، وشرح ابن منجا.

إحدهما: تعود بعوده. وهو المذهب فيهما. ونص عليه. واختاره ابن عبدوس فى تذكرته. وصححه فى التصحيح.

قال فى القاعدة الأربعين، أشهر الروايتين: أنها تعود بعود الملك، إذا وجدت الصفة بعد زوال الملك.

وجزم به فى الوجيز، والعمدة^(٣)، وغيرهما. وقدمه فى المحرر^(٤)، والنظم، وتجريد العناية.

وفرق القاضى بين الطلاق والعتاق. فإن ملك الرقيق لا يبنى فيه أحد المملكين على الآخر، بخلاف النكاح. فإنه يبنى فيه أحد المملكين على الآخر فى عدد الطلاق، على الصحيح.

قال فى القواعد: وهذا التفريق لا أثر له، إذ لو كان معتبراً لم يشترط لعدم الحنث وجود الفة فى غير الملك. انتهى.

والرواية الثانية: لا تعود الصفة. جزم به أبو محمد الجوزى فى الطريق الأقرب قال فى الفائق: وهو أرجح. وقدمه فى الخلاصة.

وعنه: لا تعود الصفة. سواء وجدت حال زوال ملكه أولاً، حكاهما الشيخ تقي الدين رحمه الله. وذكرها مرة قولاً.

(١) ذكر فى الكافى الإطلاق فقال: (فيه روايتان: لا تعود لأنها انحلت بوجودها فى ملك المشتري فلم تعد كما لو انحلت بوجودها فى ملكه.

الثانية - تعود لأنه لم توجد الصفة التى يعتق بها فأشبهه مالو عاد إلى ملكه قبل وجود الصفة ولأن الملك مقدر فى الصفة فكأنه قال: إذا دخلت الدار وأنت فى ملكى فأنت حر ولم يوجد ذلك) الكافى (٣٢٩/٢).

(٢) ذكر الإطلاق والروايتان فى الشرح كما فى الكافى الشرح (٢٧١/١٢).

(٣) قطع به فى العمدة (٣٤٨).

(٤) ذكره فى المحرر مقدماً قال: (وإن حلف بطلاق أو عتاق على شىء ثم أبان الزوجة وباع العبد ثم عاد إليه قيمته باقية) المحرر (٦/٢).

٣٩٠ كتاب العتق

قوله: ﴿وَتَبْطُلُ الصِّفَةُ بِمَوْتِهِ. فَإِنْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي، فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِشَهْرٍ، فَهَلْ يَصِحُّ وَيَعْتَقُ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ﴾.

ذكر المصنف مسألتين. الأولى: إذا قال «إن دخلت الدار بعد موتى فأنت حر» وأطلق فيها روايتين.

وأطلقهما في الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والفروع، والفائق، وشرح ابن منجا، والحاوي الصغير، وغيرهم.

إحداهما: لا يصح. ولا يعتق بوجود الشرط. وهو الصحيح. صححه المصنف^(١)، والشارح، وصاحب المذهب، ومسبوك الذهب، والنظم.

والرواية الثانية: يصح ويعتق. صححه في التصحيح، والبلغة. وجزم به في الوجيز. وقدمه في الرايتين.

فعلى هذه الرواية: لا يملك الوارث بيعه قبل نقله، كالموصى به قبل قبوله، قاله جماعة. منهم: صاحب الترغيب. واقتصر عليه في الفروع.

والمسألة الثانية: إذا قال «أنت حر بعد موتى بشهر» فأطلق المصنف فيه الروايتين. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والمغنى^(٢)، والشرح^(٣)، والنظم، في باب التدبير، والفروع، والفائق، وشرح ابن منجا، وغيرهم. إحداهما: يصح. صححه في التصحيح.

قال في الرايتين صح في الأصح وجزم به في الوجيز
والرواية الثانية: لا يصح ولا يعتق. اختاره أبو بكر. وصححه في النظم في كتاب العتق. وقدمه في الخلاصة في باب التدبير.
وجزم به في الحاوي الصغير. واختاره ابن عبدوس في تذكرته.

(١) ذكره المصنف في الكافي على إحدى الروايتين مقدماً فقال (أحدها تعتقد هذه الصفة لأنه علق عتقه على صفة توجد بعد زوال ملكه فلم تصح كما لو قال إن دخلت الدار بعد بيعي إياك فأنت حر) الكافي (٣٢٨/٢).

(٢) ذكر الإطلاق صاحب المغنى على روايتين فقال إذا قال إن دخلت الدار تحضر موتى فأنت حر لم تعتقد هذه لأنه علق عتقه على صفة توجد بعد زوال ملكه فلم يصح ولأنه إعتاق له بعد قرار ملك غيره عليه فلم يعتق به كالمعجز الثانية - يعتق ذكره القاضي لأنه صرح بذلك فحمل عليه كما لو وصى بإعتاقه). المغنى (٣١٠/١٢).

(٣) ذكره في الشرح كما في المغنى الشرح (٢٧٢/١٢).

وغالب الأصحاب يذكر هذه المسألة في باب المدبر.

تنبيهان

أحدهما: قال في فوائد القواعد: بنى طائفة من الأصحاب هاتين الروایتين على أن التدبير: هل هو تعليق عتق بصفة، أو وصية؟ على ما يأتي في باب التدبير. فإن قلنا التدبير وصية: صح تقييدها بصفة أخرى توجد بعد الموت. إن قلنا عتق بصفة: لم يصح ذلك.

وهؤلاء قالوا: لو هو صرح بالعتق. فقال «إن دخلت الدار بعد موتى بشهر فأنت حر» لم يعتق رواية واحدة. وهي طريقة ابن عقيل في إشاراته. قال ابن رجب: والصحيح أن هذا الخلاف ليس مبنياً على هذا الأصل، وعلله، وقال: ومن الأصحاب من جعل هذا العقد تدبيراً. ومنهم من ينفي ذلك ولهم في حكاية الخلاف فيه أربعة طرق. ذكرت في غير هذا الموضع.

الثاني - على القول بالصحة -: فكسبه بعد الموت وقبل وجود الشرط: للورثة. على الصحيح من المذهب. قاله القاضي، وابن عقيل، والمصنف، وغيرهم. ووجه في القواعد: أن كسبه له، من تصريح صاحب المستوعب: أن العبد باق على ملك الميت، لا ينتقل إلى الورثة، كالموصى بعته. فائدة: كذا الحكم - خلافاً ومذهباً - لو قال «أخدم زيداً سنة بعد موتى ثم أنت حر»

فعلى الصحة: لو أبرأه زيد من الخدمة: عتق من حينه. على الصحيح من المذهب. وقيل: لا يعتق إلا بعد سنة. فإن كانت الخدمة لبيعَةٍ - وهما كافران - فأسلم العبد. ففي لزوم القيمة عليه لبقية الخدمة: روايتان. ذكرهما ابن أبي موسى. وأطلقهما في الحرر^(١)، والرعيتين، والحاوي الصغير، والفروع، والفائق. إحداهما: لا تلزمه، ويعتق مجاناً. جزم به في المنور.

قلت: وهو الصواب.

والرواية الثانية: تلزمه.

ولو قال لجاريته «إذا خدمت ابني حتى يستغني فأنت حرة» لم تعتق، حتى تخدمه إلى أن يكبر، ويستغني عن الرضاع. على الصحيح من المذهب.

(١) ذكر الإطلاق في الحرر. الحرر (٤/٢).

٣٩٢ كتاب العتق

قدمه فى الفروع، والرعايتين، والحاوى الصغير.
وقال ابن أبى موسى: لاتعتق، حتى يستغنى عن الرضاع، وعن أن يلقم الطعام
وعن التنجى من الغائط.

نقل مهنا: لاتعتق حتى يستغنى. قلت: حتى يحتلم؟ قال: لا، دون الاحتلام
قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ: إِنَّ مَلَكَتُ فَلَانًا، فَهُوَ حُرٌّ، أَوْ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ،
فَهَلْ يَصِحُّ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى المستوعب، والحاوى الصغير، والهداية، والمذهب.
إحداهما: يصح وهو المذهب^(١). وعليه أكثر الأصحاب.
قال الزركشى: هذا المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله. والمختار لعامة الأصحاب
حتى إن بعضهم لا يثبت ما يخالفه.

قال فى القواعد: هذا المشهور من المذهب.
قال القاضى، وغيره: اختاره أصحابنا. ونقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله
قال فى الرعايتين، والفائق: صح فى أصبح الروايتين.
قال أبو بكر فى الشافى: لا يختلف قول أبى عبد الله فيه، إلا ماروى محمد بن
الحسن بن هارون فى العتق: أنه لا يعتق. ما أراه إلا غلطاً.

وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الخلاصة، والمحرر^(٢)، والفروع، وغيرهم.
والرواية الثانية: لا يصح.

قال المصنف، والشارح: هذا ظاهر المذهب. صححه فى التصحيح، والمغنى^(٣)،
والشرح^(٤)، والنظم، وغيرهم.

(١) ذكره المصنف فى المغنى فقال (عن أحمد ما يدل على وقوع العتق لأنه يصح تعليقه على الإخطار
فصح تعليقه على وقوع الملك المغنى (٢٣٣/١١) وقاله فى الشرح على الرواية الثانية فقال يعتق إذا
ملكه لأنه أضاف العتق إلى حال يملك عتقه فيه فأشبهه مالهو كان التعليق فى ملكه) الشرح (٢٧٥/١٢)
والكافى على الرواية الثانية (٣٣٠/٢).

(٢) ذكره فى المحرر مقدماً فقال (ويصح من الحر تعليق عتق الرقيق على ملكه) المحرر (٦/٢).
(٣) ذكر المصنف فى المغنى عدم الصحة مقدماً فقال لا يقع العتق لقوله ﷺ ولا نذر لابن آدم فيما لا يملك
ولا عتق فيما لا يملك ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك) وهو أصح لأنه تعليق للعتاق قبل الملك فأشبهه
مالو قال أمة غيره إن دخلت الدار فأنت حرة ثم ملك الأمة ودخلت الدار فإن الطلاق لا يقع ولا تعتق
الأمة بغير خلاف نعلمه) المغنى (٢٣٢/١١).

(٤) ذكره فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٢٧٥/١٢).

وتقدم «إذا علق عتق عبده على بيعه» في أواخر باب الشروط في البيع.

فائدة: لو باع أمة بعبء، على أن له الخيار ثلاثاً، ثم قال في مدة الخيار: هما حران. قال في الحاوي الصغير: لا أعرف فيها نصاً عن الإمام أحمد رحمه الله.

وقياس المذهب عندي: أنه يعتق العبد خاصة. لأن عتقه للأمة يترتب على فسخ البيع، وعتقه للعبد لا يترتب على واسطة. فيكون العتق إلى العبد أسبق. فيجب أن يعتق، ولا تعتق الأمة. انتهى.

قلت: ينبغي أن ينبني ذلك على انتقال الملك في مدة الخيار وعدمه.

فإن قلنا ينتقل: عتق العبد. وإن قلنا لا ينتقل: عتقت الأمة.

قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ الْعَبْدُ: لَمْ يَصِحَّ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ﴾.

يعنى: إذا قال العبد «إن ملكت فلاناً فهو حر» أو «كل مملوك أملكه فهو حر» ثم عتق ومملك، على القول بصحته من الحر.

وهذا المذهب. وجزم به في الوجيز. وصححه في الشرح^(١)، وشرح ابن منجا، والخلاصة، والنظم.

والوجه الثاني: يصح. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمحرم^(٢)، والفروع، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق.

قال في الهداية: فإذا قال العبد ذلك، ثم عتق، ومملك ممالكاً. فعلى الرواية التي تقول: تنعقد الصفة للحر، هل تنعقد له الصفة؟ على وجهين.

فائدة: لو قال «أول عبد أملكه فهو حر» وقلنا: بصحة تعليق العتق على الملك، فلم يملك إلا واحداً فقط: فقد عتق عليه. على الصحيح من المذهب.

قطع به في المغني^(٣) والشرح^(٤). ذكرناه في تعليل ما إذا ملك اثنين معاً.

وقيل: لا يعتق. وأطلقهما في الفروع. ويأتى قريباً: إذا ملك اثنين معاً.

(١) ذكر صاحب الشرح (عدم صحة قول العبد في ذلك فقال: لا يعتق وهو الصحيح لأن العبد لا يصح العتق منه حين التعليق لكونه لا يملك وإن ملك فهو ملك ضعيف غير مستقر لا يمكن من التصرف فيه والسيد انتزاعه منه بخلاف الحر) الشرح (٢٧٦/١٢).

(٢) ذكر الإطلاق صاحب المحرم فقال (وفي تعليق العبد وجهان) المحرم (٦/٢).

(٣) ذكره المصنف في المغني بنصه وتماحه. المغني (٣٠٢/١٢).

(٤) ذكره صاحب الشرح بنصه وتماحه. الشرح (٢٧٦/١٢).

٣٩٤ كتاب العتق

قوله: «وإن قال: آخر مملوك أشتريه فهو حر» - «قلنا بصفة الصفة - فملك عبيدا ثم مات، فأخرجهم حر من حين الشراء، وكسبه له».

وقد علمت أن الصحيح من المذهب: صحة الصفة عند قوله «وإن قال: إن ملكنا فلا فهو حر، أو كل مملوك أملكه فهو حر».

فائدتان

إحدهما: لو قال «آخر مملوك أشتريه فهو حر» فملك أمة، ثم ملك أخرى: لم يجز له وطء الثانية. لاحتمال أن لا يشتري غيرهما، فتكون حرة من حين اشتراها. ذكره الأصحاب.

الثانية: لو كان آخر من اشترى مملوكين معاً، أو علق العتق على أول مملوك فملكهما معاً، أو قال لأمتي: «أول ولد تلدينه فهو حر» فولدت ولدين خرجا معاً. فقيل: يعتقان. قدمه في المغني^(١)، والشرح^(٢)، وقال: هذا قياس قول الإمام أحمد رحمه الله.

وقيل: لا يعتقان.

وقيل: يعتق واحد بالقرعة. وهو الصحيح من المذهب. وصححه في النظم، وغيره. وقدمه في المغني^(٣)، والشرح^(٤). ذكره فيما إذا علق العتق على أول مملوك يملكه. فملك اثنين معاً.

وقدمه ابن رزين أيضاً في شرحه. وقال: نص عليه. قلت: ونقله مهنا في «أول غلام يطلع، أو امرأة تطلع: فهو حر، أو طالق» وذكر المصنف لفظ الرواية «أول من يطلع من عبيدي». وأطلقهن في الفروع، وفي مختصر ابن رزين في الطلاق. ولو علقه بأول من يقوم، فممن معاً: طلقن. وفي منفردة به: وجه.

(١) ذكره في المغني مقدماً المغني (٣٠١/١٢)

(٢) ذكره في الشرح (٢٧٨/١٢)

(٣) ذكره المغني فقال (وكذلك الحكم فيما إذا قال أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين وخرجاً معاً فالحكم فيها كذلك) أي كما لو قال أول مملوك يملكه يعتق فملك اثنين معاً عتق أحدهما بالقرعة في قياس قول أحمد (المغني (٣٠٣/١٢)).

(٤) ذكره في الشرح كما في المغني النقطة السابقة الشرح (٢٧٧/١٢).

قال فى الفروع: كذا قال.

قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ لِأَمْتِهِ: آخِرُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ فَهُوَ حُرٌّ، فَوَلَدَتْ حَيًّا، ثُمَّ مَيِّتًا: لَمْ يَعْتِقِ الْأَوَّلُ﴾.

هذا المذهب. جزم به فى الوجيز، وشرح ابن منجا. وقدمه فى الشرح^(١).

وقيل: يعتق. وهو قياس قول القاضى، والشريف أبى جعفر. وقدمه فى الفائق. وأطلقهما فى المحرر^(٢)، والرعايتين، والنظم، والفروع.

فائدة: وكذا الحكم والخلاف، لو قال لأمته «أول ولد تلدينه فهو حر» أو قال «إذا ولدت ولداً فهو حر» فولدت ميتاً، ثم حياً. بل جعلوا هذه أصلاً لتلك.

وصحح فى المغنى^(٣)، والشرح^(٤): عدم العتق. وجزم به فى المذهب، وغيره. وهو المذهب.

وقال القاضى، والشريف أبو جعفر: يعتق الحى منهما: وقدمه فى الفائق، وشرح ابن رزین. واقتصر عليه فى المستوعب.

قوله: ﴿وَإِنْ وَلَدَتْ تَوَّامِينَ، فَأَشْكَلَ الْآخِرُ مِنْهُمَا: أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا﴾.

هذا المذهب. جزم به فى الوجيز، والشرح^(٥)، وشرح ابن منجا، والنظم، والرعاية، والحاوى.

وقدمه فى الفروع. وعنه: يعتقان.

واختار فى الترغيب: أن معناه أن أمد منعه السيد منهما: هل هو القرعة، أو الانكشاف؟ وكذا الحكم إن عينه ثم نسيه. قاله فى الرعاية وغيره.

فائدة: لو قال «أول غلام لى يطلع فهو حر فطلع عبيده كلهم، أو قال لزوجاته «أيتكن طلع أولاً فهى طالق» فطلعن كلهن. فنص الإمام أحمد رحمه الله: أنه يميز واحداً من العبيد، وامرأة من الزوجات بالقرعة، فى رواية منها.

(١) ذكره فى الشرح مقدماً ثم قال (لأنه لم يوجد شرط عتقه) الشرح (٢٧٩/١٢).

(٢) ذكر فى المحرر الإطلاق فقال (فعلى على روايتين) المحرر (٦/٢).

(٣) صححه فى المغنى فقال (لا يعتق واحد منها وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لأن شرط العتق إنما وجد فى الميت وليس بمحل للعتق فانحلت اليمين به) المغنى (٣٠٢/١٢).

(٤) صححه أيضاً فى الشرح كما فى المغنى الشرح (٢٧٨/١٢).

(٥) قطع به فى الشرح كما فى المسألة التى قبلها أى (كما لو ملك اثنين معاً) الشرح (٢٧٨/١٢).

٣٩٦ كتاب العتق

واختلف الأصحاب في هذا النص.

فمنهم من حمّله على أن طلوعهم كان مرتباً، وأشكل السابق.
ومنهم من أقر النص على ظاهره، وأنهم طلّعوا دفعة واحدة. وقال: صفة الأولية
شاملة لكل واحد منهم بانفراده. والمعتق إنما أراد عتق واحد منهم.
فيميز بالقرعة. وهى طريقة القاضى فى خلافه.

ومنهم من قال: يعتق ويطلق الجميع. لأن الأولية صفة لكل واحد منهم، ولفظه
صالح للعموم. لأنه مفرد مضاف.

أو يقال: الأولية صفة للمجموع لا للأفراد. وهو الذى ذكره المصنف فى المغنى
فى الطلاق.

ومنهم من قال: لا يعتق ولا يطلق أحد منهم. لأن الأول لا يكون إلا فرداً لاتعدد
فيه، والفردية مشتبهة هنا. وهو الذى ذكره القاضى، وابن عقيل فى الطلاق
والسامرى، وصاحب الكافى.

قال فى القواعد: ويتخرج وجه آخر، وهو: أنه إن طلع بعدهم غيرهم من عبده
وزوجاته: طلقن وعتقن، وإلا فلا. بناء على أن الأول هو السابق لغيره.

فلا يكون أولاً حتى يأتى بعده غيره، فتتحقق له بذلك صفة الأولية. وهو وجه لنا
ذكره ابن عقيل وغيره. ذكره فى آخر القواعد.

قوله: ﴿وَلَا يَتَّبِعُ وَلَدُ الْمُعْتَقَةِ بِالصِّفَةِ أُمَّةً فِي الْعِتْقِ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ إِلَّا أَنْ
تَكُونَ حَامِلاً حَالِ عِتْقِهَا، أَوْ حَالِ تَعْلِيْقِ عِتْقِهَا﴾.

إذا كانت حاملاً حال عتقها، أو حال تعليق عتقها: فإنه يتبعها بلاخلاف أعلمه.
وإن وجد حمل بعد التعليق ووضعته قبل وجود الصفة- وهى مسألة المصنف هنا-
فصحح عدم التبعية. وهو المذهب. صححه فى النظم، وشرح ابن منجا. وقدمه فى
الشرح^(١)، والفروع.

والوجه الثانى: يتبعها. جزم به فى الوجيز. وأطلقهما فى الرعايتين، والحاوى
الصغير، والفائق، والقواعد الفقهية.

فائدة: لا يتبع الولد أمه إذا كان منفصلاً حال التعليق بلا خلاف أعلمه.

(١) ذكره صاحب الشرح مقدماً فقال (فإن حملت بعد التعليق وقبل وجود الصفة ثم وجدت بعد ذلك لم
يعتق الولد لأن الصفة لم تتعلق به فى حال التعليق) الشرح (٢٧٩/١٢).

كتاب العتق ٣٩٧

قوله: ﴿وَإِذَا قَالَ لَعَبْدِهِ: أَنْتَ حُرٌّ وَعَلَيْكَ أَلْفٌ، أَوْ عَلَى أَلْفٍ: عَتَقَ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ﴾.

إذا قال لعبده «أنت حر وعليك ألف» عتق، ولا شيء عليه. على الصحيح من المذهب.

قال المصنف والشارح: هكذا ذكره المتأخرون من أصحابنا.

قال في الفروع: يعتق ولا شيء عليه. على الأصح.

وجزم به في الوجيز، والمنور، ومنتخب الأدمى، وغيرهم.

وقدمه به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق. وصححه الناظم.

وعنه: لا يعتق إن لم يقبل. وأطلقهما في المحرر^(١).

وإذا قال لعبده «أنت حر على ألف» فقدم المصنف هنا: أنه يعتق مجانا بلا قبول.

وهو إحدى الروايتين. ونصره القاضي، وأصحابه.

وجزم به في الوجيز، والمنور، ونظم المفردات. وهو منها.

وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم.

وعنه: إن لم يقبل العبد لم يعتق. وهذا المذهب.

قال المصنف هنا: وهو الصحيح. وصححه في الشرح^(٢)، وشرح ابن منجا، وجزم به الأدمى في المنتخب.

وقدمه في الفروع. وأطلقهما في المحرر^(٣).

وذكر في الواضح رواية: أن قوله «أنت حر على ألف» شرط لازم بلا قبول كبقية الشروط.

(١) ذكر فيه صاحب المحرر الإطلاق فقال (فكذلك في إحدى الروايتين. والأخرى. يعتق بلا قول ولا شيء عليه) المحرر (٣/٢).

(٢) صححه في الشرح فقال (وإن لم يقبل لم يعتق وهذه الرواية هي الصحيحة لأنه أعتقه بعوض فلم يعتق بدون قبوله كما قال أنت حر بألف ولأن «على» تستعمل للشرط والعوض) الشرح (٢٨٠/١٢).

(٣) ذكر الإطلاق صاحب المحرر فقال (فإن قبل عتق ولزمه الألف وإن لم يقبل لم يعتق وفي الأخرى يعتق بلا قول ولا شيء عليه) المحرر (٣/٢).

فائدتان

إحدهما: وكذا الحكم لو قال له «أنت حر على أن تعطيني ألفاً» أو قال لأمته «أعتقتك على أن تزوجيني نفسك» لكن إن أثبت لزمتها قيمة نفسها.

على الصحيح من المذهب. قدمه في الفروع.

وقيل: تعتق بجنا بقبولها. واختار ابن عقيل: أنها لاتعتق إلا بالأداء.

الثانية: لو قال له «أنت حر بمائة» أو «بعتك نفسك بمائة» فقبل عتق ولزمته المائة، وإلا فلا. جزم به في الرعايتين، والفروع، وغيرهم.

وإن لم يقبل لم يعتق عند الأصحاب. وقطعوا به.

وخرج الشيخ تقي الدين رحمه الله وجهها: أنه يعتق بغير شيء، كما لو قال لها «أنت طالق بألف» على ما يأتي في كلام المصنف في أواخر الخلع. لأن الطلاق والعناق فيهما حق لله تعالى. وليس العوض ركناً فيهما إذا لم يعلقهما عليه.

وعلى المذهب - واختيار الأصحاب - الفرق بينهما: أن خروج البضع في النكاح غير متقوم، على الصحيح من المذهب. على ما يأتي في باب الرضاع.

بخلاف العبد. فإنه مال محض. قاله في القاعدة الرابعة والخمسين بعد المائة.

قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ: أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنْ تَخْدُمَنِي سَنَةً: فَكَذَلِكَ﴾.

يعنى: كقوله «أنت حر على ألف».

فعلى إحدى الروايتين: يعتق بجنا. وعلى الرواية الأخرى: لا يعتق حتى يقبل.

وقد علمت الصحيح من المذهب في الروايتين. وهذا إحدى الطرق في المسألة وقدم هذه الطريقة في الهداية، والمذهب، والخلاصة، وغيرهم.

وقيل: يعتق هنا بلا قبول. وتلزمه الخدمة.

وقدمه في المحرر^(١)، والرعايتين، والفائق. واختاره ابن عبدوس في تذكرته.

قال في المحرر^(٢): هذا ظاهر كلامه.

وجزم به في القواعد، وقال: نص عليه وجزم به صاحب الوجيز.

وهي الطريقة الثانية. وأطلقهما في الفروع بقبول وقيل.

(١) ذكره في المحرر مقدماً فقال ولزمته الخدمة (يعتق بلا قبول) المحرر (٣/٢)

(٢) ذكره بنصه في المحرر. المحرر (٤/٢).

كتاب العتق ٣٩٩

وقال فى المستوعب، والحاوى الصغير: إن لم يقبل فعلى روايتين.

إحداهما: يعتق. ولا يلزمه شىء.

والثانية: لا يعتق.

وقدما فى «أنت حر على ألف» أنه يعتق مجاناً. فخالفا الطريقتين.

وقيل: إن لم يقبل لم يعتق. رواية واحدة. وهى الطريقة الثالثة.

وعلى كلامه فى المستوعب، والحاوى: وتكون طريقة رابعة.

وتقدم ذلك فى أوائل الباب.

فوائد

الأولى: مثل ذلك فى الحكم: لو استثنى نفعه مدة معلومة.

الثانية: لو مات السيد فى أثناء السنة: رجع الورثة على العبد بقيمة مابقى من

الخدمة. قاله المصنف، والسامرى، وابن حمدان، وغيرهم.

الثالثة: يجوز للسيد بيع هذه الخدمة. نص عليه.

نقل حرب: لا بأس ببيعها: من العبد أم ممن شاء.

وعنه: لا يجوز. نص عليه. وهو الصواب.

ذكر هاتين الروايتين ابن أبى موسى. وأطلقهما فى المستوعب، والفروع،

والحاوى الصغير، والقواعد الفقهية.

الرابعة: قال فى الفروع: لم يذكر الأصحاب مالو استثنى السيد خدمته مدة

حياته. وذكر صحة ذلك فى الوقف. قال: وهذا مثله.

يؤيده: أن بعضهم احتج بما رواه الإمام أحمد، وأبو داود «أن أم سلمة رضى الله

عنها أعتقت سفينة، وشرطت عليه خدمة النبى ﷺ ما عاش»

قال: وهذا بخلاف شرط البائع خدمة المبيع مدة حياته. لأنه عقد معاوضة، يختلف

الثلث لأجله. انتهى.

قلت: صرح بذلك - أعنى يجاوز ذلك - فى القواعد، فى القاعدة الثانية والثلاثين.

وتقدم ذلك فى أول الباب.

الخامسة: لو باعه نفسه بمال فى يده: صح. على الصحيح من المذهب.

٤٠٠ كتاب العتق

قال فى الرايتين، والفائق: صح على أصح الروايتين.
قال فى المغنى^(١)، والشرح^(٢) - فى الولاء -: وإن اشترى العبد نفسه من سيده
بعوض حال: عتق، والولاء لسيدته. لأنه يبيع ماله عليهما. انتهى.

وعنه: لا يصح. وأطلقهما فى الفروع.

قال فى الترغيب: مأخذهما: هل هو عقد معاوضة، أو تعليق محصن؟ ويأتى فى
الكتابة: هل تصح الكتابة حالة؟.

السادسة: لو قال «إن أعطيتنى ألفاً، فأنت حر» فهو تعليق محض. لا يبطل مادام
ملكه. ولا يعتق بالإبراء منها، بل بدفعها. نص عليه. وما فضل عنها فهو لسيدته. ولا
يكفيه أن يعطيه من ملكه.

إذ لا ملك له على أصح الروايتين.

فهو كقوله لامرأته «إن أعطيتنى مائة فأنت طالق» فأنت بمائة مغبوبة. ففى وقوعه
احتمالان. قاله فى الترغيب.

قال فى الفروع: والعتق مثله، وأن هذا الخلاف يجرى فى الفاسدة إذا صرح
بالعتق.

ونقل حنبل فى الأولى: إن قاله الصغير لم يجوز، لأنه لم يقدر عليه.

السابعة: لو قال «جعلت عتقك إليك» أو «خيرتك» ونوى تفويضه إليه.

فأعتق نفسه فى المجلس: عتق. ويتوجه كطلاق. قاله فى الفروع.

ولو قال «اشترى من سيدى بهذا المال، وأعتقنى» ففعل: عتق. ولزم مشترىه
المسمى. وكذا إن اشتراه بعينه، إن لم تتعين النقود. وإلا بطلا.

وعنه: أجزه عنه.

وذكر الأزرعى: إن صرح الوكيل بالإضافة إلى العبد: وقع عنه، وعتق، وإن لم
يصرح: احتمل ذلك، واحتمل أن يقع عن الو كالة. لأنه لو وقع لعتق.

والسيد لم يرض بالعتق.

قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ: كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي حُرٌّ: عَتَقَ عَلَيْهِ مُدْبِرُوهُ، وَمَكَاتِبُوهُ وَأُمَّهَاتُ
أَوْلَادِهِ﴾.

(١) ذكره صاحب المغنى فى باب الولاء بنصه وتماه المغنى (٢٥٠/٧).

(٢) ذكره صاحب الشرح فى باب الولاء بنصه وتماه الشرح (٢٤٢/٧).

كتاب العتق ٤٠١

وكذا عبيد عبده التاجر. بلا نزاع في ذلك.
وعتق عليه ﴿شِقْصٌ يَمْلِكُهُ﴾ مطلقاً. على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب.
وقيل: لا يعتق الشقص بدون نية. ذكره ابن أبي موسى. ونقله مهنا. كما لو كان له شقص فقط.
وقال: ذلك ذكره ابن عقيل.
فائدة: لو قال «عبدى حر» أو «أمتى حرة» أو «زوجتى طالق» ولم ينو معيناً: عتق الكل، وتطلق كل نسائه. على الصحيح من المذهب. نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب. وحزم به في المحرر^(١)، والوجيز، والمنور، وغيرهم.
وقدمه في الفروع، والفائق، والقواعد الأصولية، وغيرهم.
وهو من مفردات المذهب.
وهذا مبنى على أن المفرد المضاف يعم. والصحيح من المذهب: أنه يعم.
وقيل: يعتق واحد بالقرعة.
وقيل: يعتق واحد، وتطلق واحدة. وتخرج بالقرعة. واختاره المصنف في المغنى.
قال في الفائق: وهو المختار.
ويأتى التنبيه على ذلك أيضاً في أول «باب صريح الطلاق كنياته».
تنبيه: قال في الفروع - عن هذه المسألة - والمراد: إن كان «عبد» مفرداً لذكر وأنثى. فإن كان لذكر فقط: لم يشمل أنثى، إلا إن اجتمعا تغلياً.
قال الإمام أحمد - رحمه الله - فيمن قال لخدم له رجال ونساء: «أنتم أحرار» وكانت معهم أم ولده، ولم يعلم بها -: إنها تعتق.
قال أبو محمد الجوزى - بعد المسألة - وكذا إن قال «كل عبد أملكه في المستقبل».
فائدة: قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ: أَحَدُ عَبْدَيَّ حُرٌّ: أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا﴾.
وكذا لو قال «أحد عبيدى حر» أو «بعضهم حر» ولم ينو: يقرع بينهم. وهو من مفردات المذهب.

وخرج في القواعد وجهاً: أنه يعتق بعينه، من الرواية التي في الطلاق.

(١) قطع صاحب المحرر وذكره بنصه. المحرر (٤/٢)

٤٠٢ كتاب العتق

وكذا لو أدى أحد مكاتبه وجهل: أقرع هو أو وارثه في الجميع.
ولو قال لأمتيه «إحداكما حرة» حرم وطؤهما معاً بدون قرعة. على الصحيح من المذهب.

وفيه وجه: تتميز المعتقة بتعيينه. فإن وطئ واحدة لم تعتق الأخرى. كما لو عينها ثم أنسيها.

قال في الرعاية الكبرى، قلت: ويحتمل أن تعتق.

قال: فلو قال لإمائه الأربع «إن وطئت واحدة منكن فواحدة منكن حرة» ثم وطئ ثلاثاً: أقرع بين الأولى والرابعة. فإن وطئها عتقت الأولى. وإن كان وطئها ثانياً قبل وطء الرابعة: عتقت الرابعة فقط. ويحد، إن علم قبله بعقتها.

ويأتي في باب الشك في الطلاق «إذا قال: إن كان هذا الطائر غراباً فعبدي حر. وقال آخر: إن لم يكن غراباً فعبدي حر».

وكثير من الأصحاب يذكر هذه المسألة هنا.

قوله: «وإن أعتق عبداً، ثم أنسيه: أخرج بالقرعة».

إما المعتق أو وارثه، وهذا بلا نزاع. وهو من مفردات المذهب.

وأخرج في القواعد وجهاً: أنه لا يقرع هنا، من الطلاق.

قال: وأشار إليه بعض الأصحاب. ذكره في آخر القواعد.

﴿فَإِنْ عَلِمَ بَعْدَ هَا أَنْ الْمُعْتَقَ غَيْرُهُ: عَتَقَ. وَهَلْ يَنْطَلُ عِتْقُ الْأَوَّلِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

أطلقهما في الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى^(١)، والمحزر^(٢)، والرعايتين، والحاوي الصغير، والشرح^(٣)، والفائق.

أحدهما: يبطل عتقه. وهو الصحيح من المذهب. كما لو كانت القرعة بحكم حاكم.

(١) ذكر الإطلاق صاحب المغنى فقال (فيه وجهان. أحدهما. يرد الأول إلى الرق ويعتق الذى عينه لأنه تبين له المعتق فعنت دون غيره كما لو لم يقرع. الثانى يعتقان معاً لأن الأول تثبت الحرية فيه بالقرعة فلا تزول كسائر الأحرار ولأن قول المعتق ذكرت من كنت نسيته يتضمن إقرار عليه بحرية من ذكره إقراراً على غيره فضل إقراره على نفسه ولم يقبل على غيره). المغنى (٢٨٤/١٢).

(٢) ذكر صاحب المحرز الإطلاق فقال (فعلى وجهين). المحرز (٤/٢).

(٣) ذكر الإطلاق صاحب الشرح كما فى المغنى النقطة قبل السابقة. الشرح (٢٨٨/١٢).

كتاب العتق ٤٠٣

فإنها لو كانت بحكم حاكم: لم يبطل عتقه. على الصحيح من المذهب.
وصححه في التصحيح، والمذهب. وجزم به في الوجيز. وقدمه في الفروع.
الوجه الثاني: لا يبطل، كما لو كانت القرعة بحكم حاكم. فإنها لو كانت بحكم
حاكم: لم يبطل عتقه، قولاً واحداً.
وهذا الوجه مقتضى قول ابن حامد.
قوله: ﴿وَإِنْ أَعْتَقَ جُزْءاً مِنْ عَبْدِهِ فِي مَرَضِهِ، أَوْ دَبْرَهُ - وَثُلْثُهُ يَحْتَمِلُ
جَمِيعَهُ﴾.

هذا المذهب. جزم به في الوجيز. وقدمه في المحرر^(١)، والفروع، والفائق.
وقال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب.
وعنه: لا يعتق إلا ما أعتق أو دبر لا غير.
وعنه: يعتق جميعه في المنجز دون التدبير.
وأطلق في الشرح^(٢) الروايتين في تكميل العتق بالتدبير، إذا كان يخرج من الثلث.
وقدم عتق الجميع فيما إذا نجز البعض.
فائدة: لو مات العبد قبل سيده: عتق منه بقدر ثلثه. على الصحيح من المذهب.
وقيل: يعتق كله. لأن رد الورثة هنا لا فائدة لهم فيه.
قوله: ﴿وَإِنْ أَعْتَقَ شَرِكاً لَهُ فِي عَبْدٍ، أَوْ دَبْرَهُ - وَثُلْثُهُ يَحْتَمِلُ بَاقِيَهُ - أُعْطِيَ
الشَّرِيكَ﴾.

يعنى: قيمة حصته، وكان جميعه حرّاً في إحدى الروايتين.
وأطلقهما في الشرح^(٣)، وشرح ابن منجا، والخرقي، والزركشي.

(١) ذكره في المحرر (٥/٢).

(٢) ذكر صاحب الشرح الروايتين في تكميل العتق بالتدبير فقال إحداهما تكمل لأن التدبير كالعتق في
السراية الثانية: لا يمكن العتق فيه لأنه لا يمنع جواز البيع فلم يسر كتعليقه الصفة في الحياة) الشرح
(٢٨٩/١٢).

(٣) ذكر الإطلاق في الشرح فقال (فإن كان ثلث ماله بقي بقيمة شريكه سرى إلى نصيب الشريك
في إحدى الروايتين فيعتق العبد كله ويعطى الشريك قيمته نصيبه من الثلث لأن ملك المعتق لثلث المال
تام له التصرف فيه بالترع وغيره فهو كما الصحيح فأشبهه عتق الصحيح الموسر - الثانية - لا يعتق
إلا حصته لأن ملكه يزول إلى ورثته بموته فلا يبقى شيء يقضى منه الشريك) الشرح (٢٩٠/١٢):

٤٠٤ كتاب العتق

إحداهما: يعتق جميعه. وهو المذهب. وصححه فى التصحيح.
واختاره أبو الخطاب فى خلافه وقدمه فى الحرر^(١)، والفروع.
والأخرى: ﴿لَا يَغْتَقُ إِلَّا مَا مَلَكَ مِنْهُ﴾.

وهو ظاهر كلامه فى الوجيز. واختاره الشيزاى، والشريف.
وقال القاضى: ما أعتقه فى مرض موته: سرى. وما دبره، أوصى بعتقه: لم يسر.
فالرواية فى سراية العتق فى حال الحياة: أصح. والرواية فى وقوفه فى التدبير:
أصح. وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله، أعنى: التفرقة.
قوله: ﴿وَإِنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ سِتَّةَ أَعْبِدٍ، قِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ-وَتُلْثُهُ يَحْتَمِلُهُمْ-ثُمَّ
ظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُهُمْ: يَبْعُوا فِي دِينِهِ﴾.

هذا المذهب . جزم به فى الوجيز، والرعاية الكبرى، فى باب تبرعات المريض.
وقدمه فى المغنى^(٢)، والشرح^(٣)، ونصراه. وقدمه فى شرح ابن منجا.
﴿وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَغْتَقُ ثُلُثُهُمْ﴾.

وهو رواية ذكرها أبو الخطاب.

فإن التزم وارثه بقضاء الدين: ففى نفوذ عتقهم وجهان.
وأطلقهما فى الفروع، والرعاية الكبرى، والزركشى، والمغنى^(٤)، والشرح^(٥).
وقالا، وقيل: أصل الوجهين: إذا تصرف الورثة فى التركة ببيع أو غيره، وعلى
الميت دين، فقضى الدين، هل ينفذ؟ فيه وجهان. قلت: الصواب نفوذ عتقهم.

(١) ذكره فى الحرر مقدماً فقال (قال عتق عليه كله ولم يصح من شريكه عتق بعد ذلك ويضمن حق
الشريك بقيمته وقت العتق) الحرر (٥/٢).

(٢) ذكره فى المغنى مقدماً فقال (ثم ظهر عليه ديننا يستغرق التركة تبيناً بطلاق عتقهم وبقاء رقبهم فيباعون
فى الدين ويكون عتقهم وصية والدين مقدم على الوصية ولهذا قال على رضى الله عنه إن رسول الله
ﷺ قضى أن الدين قبل الوصية ولأن الدين مقدم على الميراث بالاتفاق ولهذا تباع التركة فى قضاء
الدين) المغنى (٢٨٦/١٢).

(٣) ذكره فى الشرح كما فى المغنى الشرح (٢٩١/١٢).

(٤) ذكر صاحب المغنى الوجهين فقال: (فإن قال الرواية نحن نقضى الدين ونعصى العتق فقيه وجهان -
أحدهما - لا ينفذ حتى يبتدئوا العتق لأن الدين كان مانعاً منه فيكون باطلاً ولا يصح بزوال المال
بعده. - الثانى - ينفذ العتق لأن المانع منه إنما هو الدين فإذا سقط وجب نفوذه كما لو أسقط الورثة
حقوقهم من ثلثى التركة نفذ العتق فى الجميع) المغنى (٢٨٦/١٢).

(٥) ذكر الوجهين فى الشرح كما فى المغنى الشرح (٢٩٢/١٢).

فائدتان

إحدهما: لو ظهر عليه دين يستغرق بعضهم: احتمال بطلان عتق الكل.
واحتمل أن يبطل بقدر الدين. وأطلقهما في المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والرعاية
الكبرى.

الثانية: قوله: ﴿وَإِنْ أَعْتَقَهُمْ، فَأَعْتَقْنَا ثُلُثَهُمْ. ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ يَخْرُجُونَ مِنْ ثُلْثِهِ:
عَتَقَ مَنْ أَرَقَّ مِنْهُمْ﴾.

بلا نزاع. وكان كسبهم لهم من منذ عتقوا.
وقدم ابن رزين: أنه لا ينفذ عتقهم. وحكاها في الكافي احتمالين.
قوله: ﴿وَإِنْ أَعْتَقَ وَاحِدًا مِنْ ثَلَاثَةِ أَعْبِدٍ. فَمَاتَ أَحَدُهُمْ فِي حَيَاتِهِ: أَقْرَعَ بَيْنَهُ
وَبَيْنَ الْحَيِّينَ: فَإِنْ وَقَعَ عَلَى الْمَيِّتِ رَقٌّ الْآخَرَانِ، وَإِنْ وَقَعَ عَلَى أَحَدِ الْحَيِّينَ: عَتَقَ،
إِذَا خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ﴾.

هذا الصحيح من المذهب. قدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق. وقيل:
يقرع بين الحيين، دون الميت.

قوله: ﴿وَإِنْ أَعْتَقَ الثَّلَاثَةَ فِي مَرَضِهِ. فَمَاتَ أَحَدُهُمْ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ: فَكَذَلِكَ فِي
قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ﴾.

وحكاها عن الإمام أحمد رحمه الله - يعني: يقرع بينه وبين الحيين - وهو المذهب.
قدمه في المحرر^(٣)، والفروع، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق.

قال المصنف هنا: ﴿وَالأَوَّلَى: أَنْ يُقْرَعَ بَيْنَ الْحَيِّينَ، وَيَسْقُطَ حُكْمُ الْمَيِّتِ﴾.

وجزم به في الوجيز، كعتقه أحد عبديه غير معين، فمات أحدهما. فإنه يتعين
العتق في الثاني. ذكره القاضي وغيره.

(١) ذكر الإطلاق في المغنى فقال (إذا ظهر دين يستغرق نصفهم فيه وجهان - أحدهما - تبطل القرعة
لأن الدين شريك في الإقراع فإذا حصلت القسمة مع عدمه كانت باطلة كما لو قسم شريكان دون
شريكيها الثالث. الثاني - يصح الإقراع لأنه لا يمكن إمضاء القسمة وإفراد حصة الدين من كل واحد
من النصيبين لأن القرعة دخلت لأجل العتق دون الدين) المغنى (٢٨٧/١٢).

(٢) ذكر الوجهين في الشرح كما في المغنى الشرح (٢٩٢/١٢).

(٣) ذكره صاحب المحرر مقدما في كتاب الوصية فقال (ولو أعتق ثلاثة أعبد فمات قبله أحدهم أقرع
بينهم فإن خرجت الحرية للميت تبينا موته حراً من التركة ونمنا الثلث إن بقيت منه بقيت منه بالقرعة
من الآخرين) المحرر (٣٧٩/١).

٤٠٦ كتاب العتق

وقيل: يقرع بين الحيين في هذه المسألة دون التي قبلها. ذكره في الرعاية الكبرى.
ذكر هذه المسائل في الفروع، في آخر «باب تبرعات المريض».
وذكرها في الرايعاين، والفائق، والحاوى، في أول «باب تبرعات المريض».
فائدة: وكذا الحكم إن أوصى بعقهم. فمات أحدهم بعده.
وقيل: إن أعتقهم، أو دبرهم، أو أوصى بعقهم، أو دبر بعضهم وأوصى بعق
الباقيين، فمات أحدهم: أقرعنا بينهم. فإن خرجت القرعة الميت حسبناه من التركة.
وقومناه حين العتق. وإن خرجت لحي.
فإن كان الموت في حياة السيد، أو بعدها قبل قبض الورثة: لم يحسب من التركة
غير الحيين. فيكمل ثلثهما ممن قرع، أو يقوم به يوم العتق.
وقيل: يحسب الميت من التركة، ويقرع من قرع إن خرج حياً من الثلث وإلا
عتق منه بقدره.
وإن كان الموت بعد قبض الورثة: حسب من التركة.
وبدون الموت: يعتق ثلثهم بالقرعة، إن لم يجز الورثة ما زاد عليه. ذكر ذلك في
الرعاية الكبرى.

* * *

باب التدبير

قوله: ﴿وَهُوَ تَغْلِيْقُ الْعَتَقِ بِالْمَوْتِ﴾.

هكذا قال الأصحاب^(١)، زاد في المذهب: أو بشرط يوجد بعد الموت.

قوله: ﴿وَيُعْتَبَرُ مِنْ الثَّلَاثِ﴾.

هذا المذهب مطلقاً. وعليه الأصحاب. ونقل حنبل: يعتق من كل المال.

قال في الكافي^(٢): ولا عمل عليه.

قال أبو بكر: هذا قول قديم رجع عنه.

(١) عرفه في المغنى فقال (ومعنى التدبير تعليق عتق عبده بموته - والوفاة دبر الحياة يقال دابر الرجل يدابره
مدابرة إذا مات فسمى العتق بعد الموت تدبيراً لأنه إعتاق في دبر الحياة) المغنى (٣٠٧/١٢) الشرح

(٢) وفي الكافي (تعليق الحرية بالموت) الكافي (٣٣٠/٢).

(٢) ذكره في الكافي فقال (ونقل عنه حنبل أنه من رأس المال - وليس عليه عمل) الكافي (٣٣٠/٢).

كتاب العتق ٤٠٧

قال في الفوائد: وهو متخرج على أنه عتق لازم، كالاستيلاد.
وعنه: يعتق من كل المال إذا دبره في الصحة دون المرض.
فائدة: يصح تعليقه بالموت مطلقاً، نحو «إن مت فأنت حر» ومقيداً. نحو «إن مت
من مرضى هذا أو عاصى، أو بهذا البلد فأنت حر». وإن قالوا لعبد هما «إن متنا فأنت حر» فهو تعليق للحرية بموتهما جميعاً.
ذكره القاضى، وجماعة. واقتصر عليه في الفروع. ولا يعتق بموت أحدهما شيء
منه. ولا يبيع وارثه حقه.
قدمه في الفروع. وقاله الإمام أحمد رحمه الله. واختار المصنف^(١) وغيره: إذا مات
أحدهما فنصيبه حر.
قلت: وهذا المذهب.
قال في الفروع: فإذا أراد أنه حر بعد آخرهما موتاً، فإن جاز تعليق الحرية على
صفة «بعد الموت» عتق بعد موت لآخر منهما عليهما، وإلا عتق نصيب الآخر منهما
بالتدبير.

وفي سرائته - إن احتمله ثلثه - الروايتان.
قوله: «وَيَصِحُّ مِنْ كُلِّ مَنْ تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ». هذا المذهب. وعليه الأصحاب. وقطع به كثير منهم.
وقال الخرقي: يصح تدبير الغلام إذا جاوز العشر، والجارية: إذا جاوزت التسع.
تنبيه: قوله: «وَصَرِيحُهُ: لَفْظُ الْعِتْقِ وَالْحَرِيَةِ الْمَعْلُوقِينَ بِالْمَوْتِ. وَلَفْظُ التَّدْبِيرِ، وَمَا
تَصَرَّفَ مِنْهَا».

مراده: غير لفظ الأمر والمضارع.
كما تقدم التنبيه عليه في أول كتاب العتق فليراجع.
فائدة: كنيات العتق المنجز: تكون للتدبير إذا أضاف إليه ذكر الموت. قاله
الأصحاب.

فائدة: قوله: «وَيَصِحُّ مُطْلَقًا وَمَقِيدًا، بِأَنْ يَقُولَ: إِنْ مِتَ فِي مَرَضِي هَذَا، أَوْ
عَامِي هَذَا: فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ مُدَبَّرٌ».

(١) اختاره المصنف في الغنى (٣١٥/١٢).

٤٠٨ كتاب العتق
وكذا لو قال له «إذا قدم زيد، أو جاء رأس الشهر، فأنت مدبر» بلا نزاع ويصح مؤقتاً، نحو «أنت مدبر اليوم» نص عليه.
قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ: مَتَى شِئْتَ فَأَنْتَ مُدَبِّرٌ. فَمَتَى شَاءَ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ صَارَ مُدَبِّراً﴾ بلا نزاع.

أعني إذا قلنا: يصح تعليق العتق على صفة، على ما تقدم في كتاب العتق.
قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ: إِنْ شِئْتَ فَأَنْتَ مُدَبِّرٌ. فَمَتَى شَاءَ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ صَارَ مُدَبِّراً﴾.
يعني «كمتى شئت» وأنه لا يتقيد بالجلس. وهو المذهب. وصححه في المحرر^(١)، والنظم، والفتاوى، وجزم به في الوجيز. وقدمه في المغنى، والفروع.
وقال أبو الخطاب: إن شاء في المجلس صار مدبراً، وإلا فلا. وقاله القاضي أيضاً، وعليه أكثر الأصحاب.
وجزم به في الهداية والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والبلغة، والهادي، وإدراك الغاية. واختاره ابن عبدوس في تذكرته.
وقدمه في المحرر^(٢)، والرايعتين، والحاوي الصغير، والفتاوى، وتجريد العناية.
فائدة: لو قال «إذا شئت فأنت مدبر» فهو كقوله «متى شئت فأنت مدبر» على الصحيح من المذهب. فلا يتقيد بالجلس.
وجزم به في المحرر^(٣)، والرايعتين، والحاوي الصغير، والفتاوى، والشرح^(٤).
وقال القاضي: يختص بالجلس. وجزم به ابن عبدوس في تذكرته.
فائدة أخرى: لو قال «متى شئت بعد موتي فأنت حر» أو «أى وقت شئت بعد موتي فأنت حر» فهو تعليق للعتق على صفة بعد الموت. والصحيح من المذهب: أنه لا يصح. وقد تقدم ذلك في الكتاب العتق.
وقال القاضي: يصح.

(١) ذكره صاحب المحرر وصححه فقال (وإذا قال لعبده: إن شئت فأنت مدبر، اختصت مشيئة بالجلس وقيل لا تختص به مثل إذا شئت ومتى شئت. وهو الصحيح المعنى به) المحرر (٦/٢).
(٢) ذكره مقدما في المحرر قال (اختصت مشيئة بالجلس) المحرر (٦/٢).
(٣) قطع به في المحرر وصححه فقال (قيل لا تختص به، مثلى إذا شئت ومتى شئت وهو الصحيح المعنى به) المحرر (٦/٢).
(٤) قطع به في الشرح فقال (قياس المذهب أنه على التراخي كقوله متى شئت) الشرح (٣١٢/١٢).

كتاب العتق ٤٠٩

فعلى قوله: يكون ذلك على التراخي بعد موته، وما كسب فهو لورثة سيده.
قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ: قَدْ رَجَعْتُ فِي تَدْبِيرِي، أَوْ أَبْطَلْتُهُ: لَمْ يَبْطُلْ. لِأَنَّهُ تَغْلِيْقٌ لِلْعَتَقِ بِصِفَةٍ﴾.

هذا المذهب. بلا ريب. قال الزركشي: هذا المذهب عند الأصحاب.
واختاره القاضي، وقال في كتاب الروايتين: هذه الرواية أجود الروايتين.
وصححها ابن عقيل في التذكرة. وجزم به في الوجيز، وغيره.
وقدمه في المحرر^(١)، والنظم، والفروع، وغيرهم.
قال في الخلاصة: لم يبطل على الأصح. وصححه المصنف، والشارح، وغيرهما.
وعنه: يبطل كالوصية. قدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير.
وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والفائق. وعنه: لا يبطل إلا لقضاء دينه.
وفي التبصرة رواية: لا يبطل في الأمة فقط.
فعلى الرواية الثانية: لا يصح رجوع في حمل لم يوجد. وإن رجع في حامل، ففى حملها وجهان. وأطلقهما في الفروع، والرعايتين، والقواعد الفقهية، والزركشي قلت: الصواب أنه لا يكون رجوعاً فيه.

تنبيهان

أحدهما: قال في الترغيب وغيره: محل الروايتين: إذا لم يأت بصريح التعليق أو بصريح الوصية. واقتصر عليه في الفروع.

الثاني: قوله: ﴿لِأَنَّهُ تَغْلِيْقٌ لِلْعَتَقِ عَلَى صِفَةٍ﴾.

تقدم في «كتاب العتق» أنه يصح تعليق العتق على صفة في كلام المصنف.
فائدة: اعلم أن التدبير هل هو تعليق للعتق على صفة، أو هو وصية؟ فيه روايتان.
الصحيح منهما - وهو المذهب^(٢) - وعليه أكثر الأصحاب - أنه تعليق للعتق على صفة.
تنبيه: ينبني على هذا الخلاف مسائل جمّة.

منها: لو قتل المدبر سيده: هل يعتق، أم لا؟ على ما يأتي آخر الباب في كلام المصنف.

(١) ذكره في المحرر مقدماً فقال (وإذا أبطل تدبيره بالقول لم يبطل كالتعلق المعلق بصفة) انحر (٧/٢).
(٢) ذكره في الكافي فقال (ويجوز تدبير المعلق عتقه على صفة) وتعليق عتق المدبر على صفة لأن التدبير تعليق على صفة الكافي (٣٣١/٢) الشرح (٣١٣/١٢) المغنى (٣٠٩/١٢).

٤١٠ كتاب العتق

ومنها: بيعه وهبته: هل يجوز أم لا؟ على مايتى قريباً فى كلام المصنف أيضاً.
ومنها: هل اعتباره من الثلث، أم من كل المال؟ على ماتقدم فى أول الباب.
ومنها: إبطال التدبير والرجوع عنه بالقول. وهى مسألة المصنف المتقدمة.
قال ابن رجب: بناهما الخرقى والأصحاب على هذا الأصل.
فإن قيل هو وصية: جاز الرجوع عنه. وإن قلنا هو عتق بصفة: فلا.
قال: وللقاضى، وأبى الخطاب-فى تعليقيهما- طريقة أخرى: أن الروايتين هنا مبنيتان على قولنا إنه وصية: تنجز بالموت، من غير قبول، بخلاف بقية الوصايا.
وهو منتقض بالوصية لجهات البر.

قال: ولأبى الخطاب-فى الهداية-طريقة ثالثة، وهى: بناء هاتين الروايتين على جواز الرجوع بالبيع. أما إن قلنا: يمتنع الرجوع بالفعل، فبالقول أولى.
ومنها: لو باع المدبر ثم اشتراه: فهل يكون بيعه رجوعاً، فلا يعود تدبيره، أم لا يكون رجوعاً، فيعود؟ فيه روايتان^(١) أيضاً. بناهما القاضى والأكثر على هذا الأصل.

فإن قلنا: التدبير وصية: بطلت بخروجه عن ملكه، ولم تعد بعوده.
وإن قلنا: هو تعليق بصفة: عاد بعود الملك. بناء على أصلنا فى عود الصفة بعود الملك فى العتق والطلاق.

وطريقة الخرقى، وطائفة من الأصحاب: أن التدبير يعود بعود الملك هنا. رواية واحدة. بخلاف ماإذا أبطل تدبيره بالقول. وهو يتزل على أحد أمرين. إما أن الوصية لاتبطل بزوال الملك مطلقاً. بل تعود بعوده.

وإما أن هذا حكم الوصية بالعتق خاصة.
ويأتى أصل المسألة فى كلام المصنف قريباً.

ومنها: لو قال «عبدى فلان حر بعد موتى بسنة» فهل يصح ويعتق بعد موته بسنة، أم يبطل؟ على روايتين.

وتقدم ذلك فى كلام المصنف، فى «كتاب العتق» فليراجع.

(١) ذكره فى المحرر فقال (وإذا بطل تدبيره بالقول أو باع المدبرة ثم اشتراه. لم يبطل كالعتق المعلق بصفة وعنه يبطل كالوصية) المحرر (٧/٢) الكافى (٣٣١/٢). الشرح (٣١٣/١٢).

كتاب العتق ٤١١

ومنها: لو كاتب المدبر، فهل يكون رجوعاً عن التدبير أم لا؟ على مايتأتى فى كلام المصنف قريئاً.

ومنها: لو وصى بعده. ثم دبره. ففيه وجهان. أشهرهما: أنه رجوع عن الوصية. والثانى: ليس برجوع.

فعلى هذا: فائدة الوصية به: أنه لو أبطل تدبيره بالقول، لا يستحقه الموصى له. ذكره فى المغنى.

وقال الشيخ تقى الدين، رحمه الله: ينبى على أن التدبير: هل هو عتق بصفة أو وصية؟ فإن قلنا: هو عتق بصفة، قدم على الموصى به، وإن قلنا: هو وصية، فقد ازدحمت وصيتان فى هذا العبد. فينبى على أن الوصايا المزدحمة إذا كان بعضها عتقاً: هل تُقدم، أم يتحاص العتق وغيره؟ على روايتين.

فإن قلنا بالخاصة: فهو كما لو دبر نصفه ووصى بنصفه، ويصح ذلك على المنصوص. انتهى.

قال فى الفوائد، وقد يقال: الموصى له، إن قيل: لا يملك حتى يقبل، فقد سبق زمن العتق زمن ملكه فينفذ.

وإن قيل: يملك من حين الموت، فقد تقارن زمن ملكه وزمن العتق. فينبغى تقديم العتق. كما نص عليه الإمام أحمد رحمه الله فى مسألة من علق عتق عبده ببيعه.

ومنها: الوصية بالمدبر، فالمذهب: أنها لاتصح. ذكرها القاضى، وأبو الخطاب فى خلافيهما. لأن التدبير الطارئ إذا لم يطل الوصية-على المشهور-فكيف يصح طريان الوصية على التدبير ومزاحمتها له؟

وبنى المصنف هذه المسألة أيضاً على الأصول السابقة. ومنها: ولد المدبرة. هل يتبعها فى التدبير أم لا؟ على مايتأتى فى كلام المصنف قريئاً.

قوله: ﴿وَلَهُ يَبِيعُ الْمَدْبَرُ وَهَبَتْهُ﴾.

هذا المذهب مطلقاً. بلا ريب. وعليه جماهير الأصحاب. منهم: القاضى، والشريف أبو جعفر، وأبو الخطاب، والشيرازى، والمصنف^(١)، والشارح، وغيرهم.

(١) ذكره المصنف فى المغنى فقال (وله يبيعه فى الدين، وروى عن أحمد أنه قال أنا أرى بيع المدبر فى الدين، وإذا كان فقيراً لا يملك شيئاً رأيت أن أبيع له لأن النبى ﷺ قد باع المدبر لما علم أن صاحبه لا يملك شيئاً غيره باعه النبى ﷺ لما علم حاجته - المغنى (٣١٦/١٢).

٤١٢ كتاب العتق

قال فى الفائق: هذا المذهب.

قال فى الفوائد: والمذهب، الجواز.

قال الزركشى: هذا المذهب عند الأصحاب. وصححه فى النظم، وغيره.

وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى المحرر^(١)، والفروع، وتجريد العناية، وغيرهم.

لأن التدبير إما وصية أو تعليق بصفة. وكلاهما لا يمتنع نقل الملك قبل الصفة.

وعنه: لا يجوز بيعه مطلقاً. بناء على أنه عتق بصفة. فيكون لازماً كالا ستيلاد

وعنه: لا يباع إلا فى الدين. وهو ظاهر كلام الخرقي فى العبد. فقال: وله بيعه فى الدين. ولاتباع المدبرة فى إحدى الروايتين، وفى الأخرى: الأمة كالعبد. انتهى.

وعنه: لاتباع إلا فى الدين أو الحاجة. ذكرها القاضى فى الجامع، وكتاب الروايتين، والمصنف فى الكافي^(٢)، وصاحب الفروع، وغيرهم.

قال فى الفروع: اختاره الخرقي. وقد تقدم لفظه.

وعنه: لاتباع الأمة خاصة.

قال فى الروضة: وله يبع العبد فى الدين. وفى بيعه الأمة فيه روايتان.

ومنها: لو جحد السيد التدبير، فنص الإمام أحمد رحمه الله: أنه ليس برجوع. قدمه ابن رجب.

قال الأصحاب: إن قلنا هو عتق بصفة، لم يكن رجوعاً، وإن قلنا: هو وصية، فوجهان. بناء على ما إذا جحد الموصى الوصية، هل هو رجوع، أم لا؟ قال فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق، والفروع: وإن أنكره لم يكن رجوعاً، إن قلنا تعليق إلا فوجهان. انتهى.

قلت: الصحيح من المذهب: أنه إذا جحد الوصية لا يكون رجوعاً، على ما تقدم.

وقال فى الرعاية الكبرى، قلت: إن جوزنا الرجوع وحلف: صح. وإلا فلا.

(١) ذكره فى المحرر مقدماً فقال (ويجوز بيع المدبر وهبته) المحرر (٧/٢).

(٢) ذكره المصنف فى الكافي عن أحمد فقال (وعن أحمد: أنه لا يباع إلا فى الدين أو حاجة صاحبه لأن النبى ﷺ إنما ناعه لحاجة صاحبه) الكافي (٢/ ٣٣١).

كتاب العتق ٤١٣

ويأتى آخر الباب «بما يحكم عليه، إذا أنكر التدبير؟».

فائدة: حكم وقف المدبر حكم بيعه. قاله فى الرعايتين، والزركشى، وغيرهم. وكذا حكم هبته.

قوله: ﴿وَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ عَادَ التَّدْبِيرُ﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.

وحزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره.

وصححه فى الفائق، وغيره.

وعنه: يبطل التدبير. وهما مبنيان على أن التدبير: هل هو عتق بصفة، أو وصية؟ على ماتقدم.

وتقدم ذلك أيضاً فى الفوائد بآتم من ذلك، فليراجع.

والصحيح عند المصنف، وغيره: رجوعه إلى التدبير مطلقاً.

قوله: ﴿وَمَا وَلَدَتِ الْمُدْبِرَةُ، بَعْدَ تَدْبِيرِهَا: فَهُوَ بِمَنْزِلَتِهَا﴾.

وهو المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. وقطع به الخرقي، وصاحب الوجيز، وغيرهم. وقدمه فى المحرر^(١)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، والزركشى، وغيرهم.

قال فى الفوائد: المشهور أنه يتبعها فى التدبير، كما لو ولدته بعده. سواء كان موجوداً حال التعليق أو العتق، أو حادثاً بينهما.

وعنه: فى الحمل بعد التدبير: أنه كحمل معتقة بصفة، وعلى ماتقدم فى أواخر الباب الذى قبله.

وعنه: لا تتبعها الأئمة إلا بشرط السيد. نص عليه فى رواية حنبل، بخلاف الذكر. قاله فى الفائق.

واختار فى الإتنصار: أنه لا يتبع. قاله فى الفروع.

قال فى الفوائد: وحكى القاضى فى كتاب الروايتين، فى تبعية الولد: روايتين.

وبنهما على أن التدبير: هل هو عتق لازم كالاستيلاد، أم لا؟.

(١) ذكره فى المحرر مقدماً فقال (ولد المعتقة بالصفة بيعها إذا كان حاملاً حتى التعليق أو الصفة ويخرج فى مثله ولد المدبرة مثل ذلك) المحرر (٧/٢).

٤١٤ كتاب العتق

ومن هنا قال أبو الخطاب في انتصاره: تبعية الولد مبنى على لزوم التدبير. وخرج أبو الخطاب وجهاً: أنه لا يتبعها الحادث بينهما. وإنما يتبعها إذا كان موجوداً معها في أحدهما من حكم ولد المعلق عتقها بصفة. بناء على أن التدبير تعليق بصفة.

وينبغي على هذا: أن يخرج طريقة أخرى: أنه لا يتبعها الولد الحادث بينهما بغير خلاف.

وأما ما كان موجوداً في أحد الحالين: فهل يتبعها؟ على وجهين. بناء على أن التدبير وصية. وحكم ولد الموصى بها كذلك، عند الأصحاب. انتهى كلامه في الفوائد.

وقال في القاعدة الثانية والثمانين- على القول بأنه يتبعها- قال الأكرهون: ويكون مدبراً بنفسه، لا بطريق التبع. بخلاف ولد المكاتب.

وقد نص في رواية ابن منصور: على أن الأم لو عتقت في حياة السيد: لم يعتق الولد حتى تموت.

وعلى هذا: لو رجع في تدبير الأم - وقلنا: له ذلك- بقى الولد مدبراً هذا قول القاضي، وابن عقيل.

وقال أبو بكر في التنبيه: هل هو تابع محض لها، إن عتقت عتق، وإن رقت رقت؟ وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى. انتهى.

وقال في الانتصار: هل يبطل عتق المدبر وأم الولد بموتهما قبل السيد، أم لا؟ لأنه لا مال لهما. اختلف كلامه. ويظهر الحكم في ولدهما.

قوله: ﴿وَلَا يَتَّبِعُهَا وَلَدُهَا قَبْلَ التَّدْبِيرِ﴾. هذا المذهب.

قال الزركشي: هذا المذهب بلا ريب. وكذا قال غيره. وعليه الأصحاب.

وعنه: يتبعها. حكاها أبو الخطاب، وابن عقيل في الفصول من رواية حنبل. وتأولها المصنف^(١)، وقال: هذه الرواية بعيدة.

(١) ذكر هذا التعليق المصنف على رواية أبو الخطاب في قوله رواية عن أحمد أنه قال (في الرجل يدبر الجارية ولها ولد قال ولدها معها وجعل أبو الخطاب يقول هذه رواية في أن ولدها قبل التدبير يتبعها) وهذا بعيد والظاهر أن أحمد لم يرد أن ولدها قبل التدبير معها وإنما أراد ولدها بعد التدبير على ما صرح به في غير هذه الرواية (المغنى (١٢/٣٢٤)).

فائدتان

إحدهما: لو ولدت الموصى بوقفها، أو عتقها، قبل موت الموصى: لم يتبعها.
ذكره القاضى فى الموصى بعقها. وقياسه الأخرى.
ويحتمل أن يتبع فى الوصية بالوقف، بناء على أن فيه ثبوت التحرير، دون التملك. قاله فى القواعد.

الثانية: ولد المدبر من أمة المدبر نفسه: كالمدبر. نص عليه. قدمه فى الفروع.
قال المصنف، والشارح: فإن تسرى المدبر بإذن سيده، فولد له. فروى عن الإمام أحمد رحمه الله: أنهم يتبعونه فى التدبير. واقتصر عليه.
وذكر جماعة: أنه لا يتبعه. قاله فى الفروع.

قال فى الرايتين: ولا يكون ولد المدبر من أمته فى الأصح، بل يتبع أمه وقال فى الفروع أيضاً: وولده من غير أمته كالأم. فجزم بأنه كلام.

وقال فى الفائق: وولد المدبر تابع أمه لا أباه فى أصح الوجهين.
قال فى الحاوى الصغير: ولا يكون ولد المدبر مثله فى أصح الوجهين.
قال الزركشى، والخرقى رحمهما الله: إنما حكم على ولد المدبرة.
أما ولد المدبر: فلا يتبع أباه مطلقاً على المذهب.
وعنه: يتبعه. ظاهر كلامه فى المغنى^(١): ألجزم بها فى ولده من أمته المأذون له فى التسرى بها، ويكون مدبراً. انتهى.

تنبيه: ظاهر قوله: ﴿وَلَهُ إِصَابَةُ مُدَبِّرَتِهِ﴾.

أنه سواء شرطه أولاً. وهو صحيح. نص عليه. ولا أعلم فيه خلافاً.
ويجوز له وطء ابنتها، إن لم يكن وطئ أمها، على الصحيح من المذهب.
قال فى الفائق: فى أصح الروايتين. وقدمه فى المغنى^(٢)، والشرح^(٣). وعنه لا يجوز.

(١) قاله المصنف فى المغنى (أما ولد المدبر فحكمه حكم أمه ليس فيه خلافاً لأن الولد يتبع الأم فى الرق والحرية وإن تسرى بإذن سيده فولد له أولاد فروى عن أحمد أنهم يتبعونه فى التدبير) المغنى (٣٢٥/١٢).

(٢) ذكره فى المغنى فقال (وابنة المدبرة كأماها فى حل وطئها إن لم يكن وطئ أمها لأن ملك سيدها تام عليها فحل له وطؤها مهنى كأماها واستحقاقها للحرية لا يزيد على استحقاق أمها لم يمنع. ذلك وطؤها) المغنى (٣٢٩/١٢).

٤١٦ كتاب العتق

قوله: ﴿وَإِذَا كَاتَبَ الْمُدَبِّرُ، أَوْ دَبَّرَ الْمُكَاتِبُ: جَازٌ﴾.

بلا نزاع. لكن لو كاتب المدبر، فهل يكون رجوعاً عن التدبير؟ إن قلنا التدبير عتق بصفة: لم يكن رجوعاً.

وإن قلنا هو وصية: انبنى على أن كتابة الموصى به، هل تكون رجوعاً؟ فيه وجهان.

أشهرهما: أنه رجوع.

والمشهور في المذهب: أن كتابة المدبر ليست رجوعاً عن تدبيره.

ونقل ابن الحكم عن الإمام أحمد رحمه الله ما يدل على أنه رجوع. بناء على أن التدبير وصية. فتبطل بالكتابة.

قوله: ﴿فَلَوْ أَدَّى عَتَقَ. وَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهُ قَبْلَ الْأَدَاءِ عَتَقَ، إِنْ حَمَلَ الثُّلُثُ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ﴾.

وإلا عتق منه قدر الثلث. وسقط من الكتابة بقدر ما عتق، وهو على الكتابة فيما بقي.

مقتضى قوله «إن حمل الثلث ما بقي من الكتابة» أن المعتق في خروجه من الثلث: هو ما بقي عليه من الكتابة.

وهو مقتضى كلام الخرقى، وكلامه في الكافي^(١)، والشرح^(٢).

ومقتضى كلامه في المغنى^(٣)، والمحزر^(٤)، والفروع، وغيرهم: اعتبار قيمته مدبراً. وحزموا به. وصححه في الرعايتين.

فائدة: لو عتق بالكتابة، كان ما في يده له.

ولو عتق بالتدبير، مع العجز عن أداء مال الكتابة: كان ما في يده للورثة.

(٣) ذكره في الشرح مقدماً كما في المغنى الشرح (٣٢٤ / ١٢)

(١) ذكره في الكافي قال (إن مات السيد قبل الأداء عتق بالتدبير إن حمل الثلث ما بقي من كتابته وبطلت الكتابة وإن لم يحمله الثلث عتق منه قدر الثلث وسقط من مال الكتابة) الكافي (٣٣١ / ٢)

(٢) ذكره أيضاً صاحب الشرح كما في الكافي الشرح (٣٢٥ / ١٢)

(٣) ومقتضى كلامه في المغنى اعتبار قيمته مدبراً وقطع به فقال إن مات السيد قبل الأداء عتق بالتدبير إن خرج من الثلث وبطلت الكتابة وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق المغنى (٣٣٧ / ١٢).

(٤) وكذلك في المحرر انظر المحرر (١١ / ٢).

كتاب العتق ٤١٧

وإن مات السيد قبل العجز عن جميع الكتابة: عتق بالتدبير. ومافى يده له عند المصنف، والشارح، وابن حمدان، وغيرهم.

وقيل: للورثة. وحكاها المصنف عن الأصحاب. وهو المذهب.

ويأتى نظير ذلك إذا أولد المكاتبه فى «باب الكتابة».

فائدة: لو أولد أمته تم كاتبها، أو كاتبها ثم أولدها: جاز. لكن تعتق بموته مطلقاً.

ولو دبر أم ولده: لم يصح، إذا لافائدة فيه. وهذا المذهب.

واختار ابن حمدان الصحة إن جاز بيعها. وقلنا التدبير عتق بصفة.

قوله: ﴿وَإِذَا دَبَّرَ شِرْكَاً لَهُ فِى عَبْدٍ: لَمْ يَسْرِ إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ، وَإِنْ أَعْتَقَ شَرِيكُهُ: سَرَى إِلَى الْمُدَبِّرِ، وَعَنْهُ: وَغَرَمَ قِيَمَتُهُ لِسَيِّدِهِ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب.

وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره.

ويحتمل أن يسرى فى الأول دون الثانى.

فعلى هذا: يصير مدبراً كله. ويضمن حصة شريكه بقيمتها.

قوله: ﴿وَإِذَا أَسْلَمَ مُدَبِّرُ الْكَافِرِ، لَمْ يُقَرَّ فِى يَدِهِ. وَتُرِكَ فِى يَدِ عَدْلٍ، يُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهِ. وَمَا فَضَلَ فَلِسَيِّدِهِ، وَإِنْ أَعْوَزَ فَعَلَيْهِ تَمَامُهُ، إِلَّا أَنْ يَرْجَعَ فِى التَّدْبِيرِ، وَنَقُولُ بِصِحَّةِ رُجُوعِهِ﴾.

اعلم أنه إذا أسلم مدبر الكافر، فجزم المصنف هنا: أنه لا يلزم بإزالة ملكه إذا استدام تدبيره، لكن لا يقر فى يده. ويترك فى يد عدل. وهو أحد الوجهين. وهو احتمال فى المغنى^(١)، والشرح^(٢).

وجزم به فى الوجيز، والهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والحاوى الصغير.

وقدمه ابن منجا فى شرحه والرايعتين.

والوجه الثانى: أنه يلزم بإزالة ملكه عنه. فإن أبى بيع عليه. وهو المذهب قدمه

(١) ذكر صاحب المغنى الاحتمال فقال (ويحتمل أن يترك فى يد عدل ينفق عليه من كسبه فإن لم يكن له كسب أجبر سيده على الإنفاق عليه) المغنى (١٢ / ٣٣٥).

(٢) ذكر الاحتمال فى الشرح كما فى المغنى الشرح (١٢ / ٣٢٧).

٤١٨ كتاب العتق

فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والفائق. وصححه فى النظم.

وتقدم فى آخر كتاب البيع «إذا أسلم عبد الكافر القن» وأحكامه.

فائدة: لو أسلم مكاتب الكافر: لزمه إزالة يده عنه. فإن أبى: بيع عليه بلا خلاف.

وإن أسلمت أم ولده: لم تقر فى يده. وجعلت عند عدل ينفق عليها من كسبها.

وإن أعوز لزم السيد تمامه. على الصحيح من المذهب. وإن أسلم حلت له.

وعنه: لا تلزمه نفقتها.

وعنه: يستسعى فى قيمتها ثم تعتق.

ونقل مهنا: تعتق بإسلامها.

وتأتى هذه المسألة بعينها فى كلام المصنف فى أواخر باب أحكام أمهات الأولاد

«وكذا لو أسلمت مدبرته» مستوفاة محررة.

قوله: ﴿وَمَنْ أَنْكَرَ التَّدْبِيرَ: لَمْ يُحْكَمْ عَلَيْهِ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ. وَهَلْ يُحْكَمُ عَلَيْهِ بِشَاهِدٍ

وَامْرَأَتَيْنِ أَوْ بِشَاهِدٍ وَيَمِينِ الْعَبْدِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ﴾.

وأطلقهما الزركشى، والهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة.

إحدهما: يحكم عليه بذلك. وهو الصحيح من المذهب. وصححه المصنف^(٣)،

والشارح، وصاحب التصحيح، والناظم.

وجزم به الخرقي، والوجيز، وناظم المفردات، وغيرهم.

وهو من مفردات المذهب. وكذا الحكم فى الكتابة.

والرواية الثانية: لا يحكم عليه إلا بشاهدين ذكرين.

ويأتى ذلك فى أحكام الشهود به.

وتقدم فى الفوائد «هل يكون إنكاره رجوعاً أم لا؟ فإن قلنا: إنه رجوع: لم تسمع

دعواه ولا بينته».

(١) ذكره فى المغنى مقدماً فقال (فإن أسلم مدبر الكافر أمر بإزالة ملكه عنه وأجير عليه لئلا يبقى الكافر

مالكا للمسلم كغير المدبر). المغنى (٣٣٥/١٢)

(٢) ذكره مقدماً فى الشرح كما فى المغنى الشرح (٣٢٧/١٢)

(٣) صححه المصنف فى المغنى على الوجه الآخر فقال (ثبت بذلك لأنه لفظ يزول به ملكه عن مملوكه

فأشبه البيع وهذا أجود لأن البينة إنما تراد لإثبات الحكم على المشهود عليه وهى فى حقه إزالة ملكه

عن ماله فيثبت بهذا وإن حصل به غرض آخر للمشهود له فلا يمتنع ذلك من ثبوته بهذه البينة ولأن

العتق مما يتشوف إليه وينبنى على التغليب والسراية فيبغى أن يسهل طريق إثباته) المغنى (٣٣٠/١٢)

قوله: ﴿وَإِذَا قَتَلَ الْمُدَبِّرُ سَيِّدَهُ: بَطَلَ تَدْبِيرُهُ﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم. منهم المصنف^(١)، والشارح، وصاحب المستوعب، وغيرهم. واختاره القاضى، وغيره.

وقدمه فى الرعاية الصغرى، والفروع فى باب الموصى له.

وقيل: لا يبطل تدبيره، فيعتق.

وهذا ما قدمه فى الرعاية الكبرى فى آخر أمهات الأولاد.

وقال فى فوائد القواعد: فيه طريقان.

أحدهما: بناؤه على الروايتين، وإن قلنا هو عتق بصفة: عتق. وإن قلنا وصية: لم يعتق. وهى طريقة ابن عقيل، وغيره.

الطريقة الثانية: أنه لا يعتق على الروايتين. وهى طريقة القاضى. لأن لم يعلقه على موته بقتله إياه.

وقال فى الفروع - فى باب الموصى له -: ولو قتل الوصى الموصى، ولو خطأ: بطلت. ولا تبطل وصيته بعد جرحه.

وقال جماعة: فيهما روايتان. ومثلها التدبير. فإن جعل عتقاً بصفة: فوجهان انتهى.

* * *

باب الكتابة

قوله: ﴿وَهِيَ يَبْعُ الْعَبْدَ نَفْسَهُ بِمَالٍ فِي ذِمَّتِهِ﴾.

زاد غيره: بعوض مباح معلوم مؤجل^(٢).

وليست الكتابة مخالفة للأصل. لأن محلها اللمة.

قوله: ﴿وَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ﴾.

(١) جزم به المصنف فى المغنى فقال (إنما يبطل تدبيره بقتله سيده المعتق لسببين: أحدهما - أنه قصد استعجال العتق بالقتل المحرم فعوقب بتقيض قصده وهو إبطال التدبير كمنع الميراث بقتل المورث ولأن العتق فائدة أخرجه ابن ماجة تحصل بالموت بالقتل كالإرث والوصية - الثانى - أن التدبير وصية فتبطل بالقتل كالوصية بالمال) المغنى (٣٣٥/١٢) والكافى (٣٣٣/٢).

(٢) عرفها فى المغنى إعتاق السيد عبده على مال فى ذمته يؤدى مؤجلاً - وسميت كتابة لأن السيد يكتب بينه كتاباً بما اتفقا عليه) المغنى (٣٣٨/١٢) فى الشرح (إعتاق السيد عبده على مال فى ذمته يؤدى فى نحوهم) الشرح (٣٣٨/١٢) وفى العمدة (شراء العبد نفسه من سيده بمال فى ذمته) العمدة (٣٥١).

٤٢٠ كتاب العتق

هذا المذهب مطلقاً. بلا ريب. وعليه جماهير الأصحاب.

قال المصنف، والشارح: هذا ظاهر المذهب.

وجزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في الكافي^(١)، والمغنى^(٢)، والشارح، والمحرم^(٣)، والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، والفروع.

وعنه: واجبة. إذا ابتغها من سيده أجيره عليها بقيمته. اختاره أبو بكر في تفسيره.

قال في القواعد الأصولية: وهو متجه.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: وعلى قياسه وجوب العتق في قوله «أعتق عبدك عنك وعلى ثمنه» وقدم في الروضة أنها مباحة.

فائدة: لا تصح كتابة المرهون. على الصحيح من المذهب. قطع به كثير من الأصحاب.

وقال في الرعاية الكبرى، قلت: تجوز كعتقه. وهو الصواب. وتجوز كتابة المستأجر.

قوله: ﴿لِمَنْ يَعْلَمُ فِيهِ خَيْرًا. وَهُوَ الْكَسْبُ وَالْأَمَانَةُ﴾.

هذا الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. ومنهم المصنف، والمجد وصاحب الوجيز، والشرح^(٤)، والنظم، والفروع، وغيرهم.

قال في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، وإدراك الغاية، وغيرهم: المكتسب الصدوق.

وقال في الرعاية، والحاوي الصغير، والفائق: وتستحب مع كسب العبد وأمانته وصدقه.

وقال في الواضح، والوجيز، والتبصرة: وهي مستحبة مع كسب العبد فقط.

وهو ظاهر كلام ابن عبدوس في تذكرته في كتاب العتق. فأسقطوا الأمانة.

قوله: ﴿وَهَلْ تُكْرَهُ كِتَابَةُ مَنْ لَا كَسْبَ لَهُ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ﴾.

(١) ذكره في الكافي مقدماً فقال (وهو مندوب إليها في حق من يعلم فيه خيراً) الكافي (٣٣٣/٢).

(٢) قدمه أيضاً في المغنى فقال (إذا سأل العبد سيده وكتابه استحبه له إجابته إذا علم فيه خيراً ولم يجب ذلك في ظاهر المذهب) المغنى (٣٣٩ / ١٢).

(٣) ذكره مقدماً في المحرم فقال (وهي مستحبة لمن علم عن عبده كسبا وأمانة) المحرم (٧/٢).

(٤) انظر الشرح (٣٣٩/١٢).

كتاب العتق ٤٢١

وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والكافي^(١)، والمحرر^(٢)،
إحدهما: تكره كتابته، وهو المذهب.

قال القاضي: ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله الكراهة.
واختاره ابن عبدوس في تذكرته. وصححه في الخلاصة، والتصحيح، والنظم.
وجزم به في الوجيز. وقدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع والفائق
والرواية الثانية: لا تكره. فتستحب، لكن قال في الكافي^(٣): لو دعا من لا
كسب له سيده إلى الكتابة: لم يجز. رواية واحدة.

قال المصنف: وينبغي أن ينظر في المكاتب. فإن كان ممن يتضرر بالكتابة ويضيع،
لعجزه عن الإنفاق على نفسه، ولا يجد من ينفق عليه: كرهت كتابته. وإن كان يجد
من يكفيه مؤنته: لم تكره كتابته.
وعنه: تكره كتابة الأثني.

فائدة: تقدم في باب الحجر صحة كتابة الولي رقيق المولى عليه، والكتابة في
الصحة والمرض من رأس المال، وعلى الصحيح من المذهب.
وقال أبو الخطاب، ومن تبعه: في المرض من الثلث.
ولو كاتبه في الصحة وأسقط دينه، أو أعتقه في مرضه اعتبر خروج الأقل من
رقبته أو دينه من الثلث.

ولو وصى بعتقه، أو أبرأه من الدين: اعتبر أقلهما من ثلثه. ولو حمل الثلث بعضه
عتق، وباقيه على الكتابة. ولو أقر في المرض بقبض النجوم سلفاً: جاز.
قوله: ﴿وَإِنْ كَاتَبَ الْمُمَيِّزُ عَبْدَهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ: صَحَّ﴾.

صحة كتابة المميز لعبده بإذن وليه مبنية على صحة بيعه بإذن وليه، على ما تقدم
في أول كتاب البيع. والصحيح: صحة بيعه. فكذا كتابته.
قوله: ﴿وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصَحَّ﴾.

هذا الاحتمال لأبي الخطاب. وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله. وقدمه في

(١) ذكر الإطلاق في الكافي فقال (وأما من لا كسب له ففيه روايتان إحدهما - تكره كتابته لأنه يصير
كلاً على الناس. الثانية - لا تكره لعموم الأخبار في فضل الإعتاق) الكافي (٣٣٣/٢).

(٢) ذكر الإطلاق في المحرر المحرر (٧/٢).

(٣) ذكره في الكافي بنصه وتمامه الكافي (٣٣٣/٢).

٤٢٢ كتاب العتق

الرعاية الصغرى. وهو ظاهر ما جزم به فى الرعاية الكبرى فى هذا الباب.

وقيل: تصح كتابته بغير إذن وليه. وفى الموجز والتبصرة: تصح من ابن عشر.

قوله: ﴿وَإِنْ كَاتَبَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ الْمُمَيِّزَ: صَحَّ﴾.

بلا نزاع. وظاهر كلامه: أنه لا يصح أن يكتب غير المميز ولا المجنون ولو فعل لم يصح، ولا يعتق بالآداء. بل يتعلق العتق به إن كان التعليق صريحاً.

وإلا فوجهان فى العتق. وأطلقهما فى الفروع.

أحدهما: يعتق بتعليق العتق به لأن الكتابة تتضمن معنى الصفة . اختاره القاضى. والثانى: لا يعتق وهو المذهب. اختاره أبو بكر. وقدمه فى الرايتين، والفائق. وظاهر ما جزم به فى المستوعب، والحاوى الصغير، ونصره المصنف^(١)، والشارح.

قال فى القواعد الأصولية: والمذهب لا يعتق بالآداء، خلافاً لما قال القاضى.

قوله: ﴿وَلَا يَصَحُّ إِلَّا بِالْقَوْلِ. وَيَتَعَقَّدُ بِقَوْلِهِ: «كَاتَبْتُكَ عَلَى كَذَا» وَإِنْ لَمْ يَقُلْ: فَإِذَا أُدِّيَتْ إِلَى فَأَنْتَ حُرٌّ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب.

قال الزركشى: وهو المذهب المجزوم به لعامة الأصحاب. وجزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمهادى، والكافى^(٢)، والمحرر^(٣)، والرايتين، والنظم، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم.

﴿وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُشْتَرَطَ قَوْلُهُ: ذَلِكَ: أَوْ يُبَيَّنَّهُ﴾.

وهو لأبى الخطاب فى الهداية.

(١) ذكره المصنف فى الكافى فقال: (وإن كاتب السيد عبده المميز صح لأن إيجاب سيده له للكتابة إذن منه فى حقوق لها وإن كاتب عبده المجنون أو الطفل فهو عقد باطل وجوده كعدمه) الكافى (٣٣٤/٢).

(٢) ذكره فى الكافى مقدماً فقال (ولا تتعقد إلا بالقول وتتعد بقوله: كاتبك على كذا لأنه لفظها الموضوع لها فانهقد به كلفظ النكاح منه) الكافى (٣٣٤).

(٣) ذكره فى المحرر مقدماً فقال (تتعقد بقوله: كاتبك على كذا وإن لم يقل فإذا أدبته فأنت حر) المحرر (٧/٢).

كتاب العتق ٤٢٣

وفى الترغيب وجه- هو رواية الموجز والتبصرة- يشترط قوله ذلك. وقيل: أو نيته.

فائدة: ظاهر كلام كثير من الأصحاب: أنه لا يشترط قبوله للكتابة.
وقال الموجز، والتبصرة، والترغيب، والرعاية الكبرى: لا يشترط ذلك.
واقصر عليه فى الفروع.

قوله: ﴿وَلَا يَصِحُّ إِلَّا عَلَى عَوَضٍ مَعْلُومٍ﴾.

ولو خدمة أو منفعة وغيرها.

قال الأصحاب: مباح يصح السلم فيه منجم بنجمين فصاعداً، يعلم قدر ما يؤدي فى كل نجم.

الصحيح من المذهب: أنها لا تصح إلا على نجمين فصاعداً. يعلم قدر ما يؤدي فى كل نجم. وجزم به فى الوجيز. وقدمه فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والمحزر^(٣)، والنظم، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق.

﴿وَقِيلَ: تَصِحُّ عَلَى نَجْمٍ وَاحِدٍ﴾.

اختاره ابن أبى موسى.

قال فى الفائق: وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله.

وقيل: تصح أن تكون على خدمة مفردة على مدة واحدة.

والصحيح من المذهب: أنها لا تصح إلا على عوض معلوم فلا تصح على عبد مطلق. اختاره أبو بكر وغيره. وعليه أكثر الأصحاب.

وقدمه فى المغنى^(٤)، والشرح^(٥)، ونصراه، والخلاصة، والفروع، وغيرهم.

﴿وَقَالَ الْقَاضِي: تَصِحُّ عَلَى عَبْدٍ مُطْلَقٍ﴾. وله الوسط. وقاله أصحاب القاضى.

(١) ذكره فى المغنى مقدماً، فقال (ونقل عن أحمد أنه قال: من الناس من يقول بنجم واحد ومنهم من يقول بنجمان ونجمان أحب إلى المغنى (٣٤٧/١٢)).

(٢) وقدم أيضاً فى الشرح النجمين مقدرين كما فى المغنى الشرح (٣٤٧/١٢).

(٣) ذكره مقدماً أيضاً فى المحزر فقال (ولا تصح إلا على عوض مباح معلوم منجم بنجمين أو أكثر يعلم لكل نجم قسطه) المحزر (٨/٢).

(٤) ذكره فى المغنى مقدماً فقال (لا تصح إلا على معلوم أى عوض معلوم لأنها عقد معاوضة أشبهت فلا تصح حالة ولا تجوز إلا موجلة منجمة) المغنى (٣٥٢/١٢).

(٥) كذلك ذكره فى الشرح مقدماً الشرح (٣٤٧/١٢).

٤٢٤ كتاب العتق

وقال فى الرعايتين : وإن كاتبه على عبد مطلق صح. ووجب الوسط.

وقياس قول أبى بكر بطلانه.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أن الكتابة لا تصح حالة. وهو صحيح. وهو المذهب. وعليه الأصحاب. وقطع به أكثرهم.

وظاهر كلام المصنف فى المغنى^(١)، والشارح: أن فيها قولاً بالصحة. فإنهما قالوا: ولا تجوز إلا مؤجلة منجمة. هذا ظاهر المذهب.

فدل أن فيها خلافاً. وهو خلاف ظاهر المذهب. واختاره فى الفائق.

فقال: والمختار صحة الكتابة حالة.

وقال فى الترغيب- فى كتابة من نصفه حر- حالة: وجهان.

فعلى المذهب: فى جواز توقيت النجمين بساعتين وعدمه. فيعتبر ماله وقع فى القدرة على الكسب فيه خلاف فى الإلتصار.

قلت الصواب الثانى. وإن كان ظاهر كلام الأصحاب: الأول.

وتقدم فى أواخر العتق: هل يصح شراء العبد نفسه من سيده بماله فى يده أم لا؟.

وعلى المذهب أيضاً: تكون الكتابة باطلة من أصلها، على الصحيح.

ذكره القاضى، والشريف، وأبو الخطاب، وغيرهم.

وصرح ابن عقيل بأن الإخلال بشرط النجوم يبطل العقد.

وذكر صاحب التلخيص: أن الكتابة تصير فاسدة، ولا تبطل من أصلها.

ويأتى الإشكال- فيما إذا كاتبه على عوض مجهول- أنها تكون فاسدة لا باطلة:

آخر الباب.

قوله: ﴿وَتَصِحُّ عَلَى مَالٍ وَخِدْمَةٍ، سَوَاءً تَقَدَّمَتِ الْخِدْمَةُ أَوْ تَأَخَّرَتْ﴾.

يعنى: تصح الكتابة على مال مع خدمة. ويشترط كون المال مؤجلاً، بخلاف الخدمة. لكن لو جعل الدين بعد فراغ الخدمة بيوم أو أكثر: صح.

وإن جعل محله فى الخدمة، أو عند انقضائها: صح أيضاً. على الصحيح من

(١) فعلا ذكرها المصنف فى المغنى وصاحب الشرح بالجواز فقالا - (ولا تجوز إلا مؤجلة منجمة) انظر المغنى (١٢ / ٣٤٦) الشرح (١٢ / ٣٤٧).

كتاب العتق ٤٢٥

المذهب. قدمه في المغنى^(١)، والشرح^(٢)، وشرح ابن رزين، وغيرهم. ونصروه.
وقال القاضي: لا تصح. لأنه يكون نجماً واحداً. وأطلقهما في الرعايتين،
والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم.
فائدة: تصح الكتابة على منفعة مفردة منجمة، كخدمة وعمل في الذمة، كخيطة
ونحوها. وقاله الأصحاب.

وللمصنف احتمال بصحتها على منفعة مفردة مدة واحدة.

قوله: ﴿وَإِنْ أَدَّى مَا كُتِبَ عَلَيْهِ أَوْ أُبْرئَ مِنْهُ: عَتَقَ﴾.

هذا المذهب. وجزم به في الوجيز، وتذكرة ابن عبدوس، والفائق، وغيرهم
وصححه في النظم، وغيره.

وقدمه في المغنى^(٣)، والشرح^(٤)، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، وغيرهم
وعنه: إذا ملك ما يؤدي: صار حراً. ويجزى على أدائه.

فائدة: لو أبرأه بعض الورثة من حق منها، وكان موسراً: عتق عليه كله.
على الصحيح من المذهب. وقيل: لا يعتق.

قوله: ﴿فَلَوْ مَاتَ قَبْلَ الْأَدَاءِ: كَانَ مَا فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ. فِي الصَّحِيحِ عَنْهُ﴾.

وهذا مفرع على الصحيح من المذهب. وهو: أنه إذا ملك ما يؤدي عن كتابته
ولم يؤدي: لم يعتق. فإذا مات قبل الأداء: انفسخت الكتابة. وكان مافى يده لسيده.
وعلى الرواية الثانية- وهي أنه إذا ملك ما يؤدي يصير حراً قبل الأداء- فإذا مات
قبل الأداء: كان لسيده بقية كتابته، والباقي لورثة الميت. فلا تنفسخ الكتابة. واختاره
هنا أبو بكر، وأبو الخطاب.

لكن هل يستحقه السيد حالا، أو هو على نجومه؟ فيه روايتان. وأطلقهما في الفروع.

(١) ذكره في المغنى مقدماً فقال (وتصح الكتابة على حال مع خدمته لأنها إحدى العوضين نسي إلا جاره
فجاز أن تكون عوضاً في الكتابة فإن كاتبه على خدمة شهر ودينار صبح ويشترط كون الدينار المذكور
موجلاً لأن الأجل شرط في عقد الكتابة) المغنى (٣٥١/١٢ - ٣٥٣).

(٢) قدمه في الشرح وذكره كما في في المغنى الشرح (٣٥١/١٢).

(٣) ذكره في المغنى مقدماً فقال بأنها عتق بارتها سواء نوى بالكتابة الحرية أو لم ينو ولأن الحرية موجب
عقد الكتابة فتثبت عند تمامه) المغنى (٣٤٩/١٢).

(٤) ذكره في الشرح كما في المغنى وقال (لما روى عن عمرو بن ضعيف عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ
قال: (المكاتب عبد مابقي عليه درهم) الشرح (٣٥٣/١٢).

قلت: هي شبيهة بمن مات وعليه دين، على ماتقدم في باب الحجر.
وتقدم في ذكر أهل الزكاة «إذا عجز ورق ونحوه، وكان بيده مال أخذه من الزكاة: هل يكون لسيدته أو لمن أخذه منه؟».

قوله: «وَإِذَا عَجَّلْتَ الْكِتَابَةَ قَبْلَ مَحَلِّهَا: لَزِمَ السَّيِّدُ الْأَخْذَ».

فشمل القبض مع الضرر وعدمه. وكذا قال الإمام أحمد رحمه الله، والخرقي وأبو بكر، وأبو الخطاب، والشيرازي، والسامري، وغيرهم.
قال في المذهب: يلزمه مع الضرر في ظاهر المذهب.
قال الشارح: وهو الصحيح. وقدمه في الهداية، والحاوي الصغير.
ويحتمل أن لا يلزمه ذلك إذا كان في قبضه ضرر. وهو المذهب. نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله.

قال القاضى، والمذهب عندى: أن فيه تفصيلاً على حسب ما ذكر في السلم.
وصححه الناظم. واختاره المصنف في المغنى^(١).

قال في الرايتين: وإن عجل ما عليه قبل محله: لزم سيده في الأصح أخذه بلا ضرر، وعتق في الحال. وجزم به في الوجيز، والمحزر^(٢)، وابن عبدوس في تذكرته وغيرهم. وصححه في النظم، وغيره.

قال في الفائق: ولو عجل ما عليه: لزم قبضه وعتق حالا. نص عليه. وقيد بعدم الضرر.
وقدمه في الفروع. ذكره في باب السلم.

ونقل حنبل، وأبو بكر: لا يلزمه، ولو مع الضرر. ذكرها جماعة من الأصحاب.
لأنه قد يعجز فيرق. ولأن بقاء المكاتب في هذه المدة حق له. ولم يرض بزواله.
فهذه ثلاث روايات: رواية بال لزوم مطلقاً، وعدمه مطلقاً. والثالثة: الفرق بين الضرر وعدمه.

واختار القاضى في كتاب الروايتين طريقة أخرى، وهى: إن كان في القبض ضرر لم يلزمه. وإلا فروايتان. وتبعه في الكافي^(٣).

(١) ذكره المصنف في المغنى وصححه فقال (إذا عجل المكاتب الكتابة مثل محلها فالمنصوص عن أحمد أنه

يلزمه قبولها ويعتق المكاتب وهو الصحيح) المغنى (٣٥٩/١٢)

(٢) قاله في المحرر فقال (فإن عجله له أو وضع عنه بقدر جاز) المحرر (٩/٢)

(٣) فصل في ذلك أيضاً صاحب الكافي فقال (وإن عجلت الكتابة قبل محلها وفى قبضها ضرر لم يلزمه قبضه قبل محله كالسلم وإن لم يكن فى قبضه ضرر لزمه قبضه وعتق العبد لأن الأصل حق لمن عليه الدين فإذا رضى بإسقاط حقه يجب أن يسقط كسائر الحقوق: وعنه لا يلزمه قبضه لأن بقاء المكاتب -

فائدتان

إحدهما: حيث قلنا باللزوم: لو امتنع السيد من قبضه، جعله الإمام فى بيت المال. وحكم بعتق العبد. وجزم به الزركشى.

قال فى الفروع: هذا المشهور.

قال المصنف، والشارح: وإن أبى السيد: برىء العبد. ذكرناه فى المكفول به نقل حرب: إن أبى مولاة الأخذ. ما أعلم مازاده إلا خيراً.

وتقدم نظير ذلك فى باب السلم.

الثانية: فى عتق المكاتب بالاعتياض وجهان. وأطلقهما فى الفروع، والبلغة والرعاية الكبرى.

والصواب: العتق. اختاره المصنف، والشارح، وغيرهما. وعدم العتق قاله القاضى

قوله: ﴿وَإِذَا أَدَّى، وَعَتَّقَ. فَجَدَّ السَّيِّدُ بِالْعَوَضِ، عَيْبًا فَلَهُ أَرْشُهُ أَوْ قِيمَتُهُ. وَلَا يَرْتَفِعُ الْعَتَقُ﴾.

هذا المذهب. وجزم به فى المحرر^(١)، والوجيز، والمنور، والهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، وشرح ابن منجا، وغيرهم.

وقدمه فى الفروع، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق، وغيرهم. وصححه فى النظم. وهو من مفردات المذهب.

وقيل: هو كالبيع.

وقيل: يرتفع العتق إن رده، ولم يعطه البدل. وهو توجيه للقاضى.

قال المصنف^(٢)، وغيره: فإن بان، معيياً نظرت. فإن رضى بذلك وأمسكه: استقر العتق. وإن اختار إمساكه، وأخذ الأرش، أو رده: فله ذلك.

وقال أبو بكر: قياس قول الإمام أحمد رحمه الله: أنه لا يبطل به العتق.

فى هذه المدة فى ملكه حق له ولم يرض بزواله فلم يزل كما لو علق عتقه بعضى تلك المدة. وعنه: أنه يعتق إذا ملك ما يؤدى لما روت أم سلمة أن النبى ﷺ قال: «إذا كان لأحدكم مكاتب وكان عنده ما يؤدى يقبل منه» رواه الترمذى وقال حديث حسن صحيح. فعلى هذا إن امتنع من الأداء أجبره الحاكم (عليه) الكافى (٢ / ٣٤١).

(١) قطع به فى المحرر فقال (وإذا كاتبه على عوض فأداه فبان به عيب فله أرشه أو عوضه إن رده ولم يترك العتق). المحرر (٩/٢).

(٢) ذكره فى الكافى بنصه وتماه. الكافى (٢ / ٣٤٢).

٤٢٨ كتاب العتق

وليس له الرد. وله الأرض.
فائدة: لو أخذ السيد حقه ظاهراً، ثم قال: هو حر. ثم بان مستحقاً: لم يعتق. قاله
الأصحاب.

وإن ادعى السيد تحريم العوض: قبل بيينة.
وإن لم تكن بيينة: قبل قول العبد مع يمينه، ثم يجب على السيد أخذه، ويعتق به. ثم
يلزم السيد رده إلى مالكه، إن أضافه إلى مالك.
وإن نكل: العبد حلف سيده.

وله قبضه من دين غير دين الكتابة وتعجيزه. وفي تعجيزه قبل أخذ ذلك من جهة
الدين: وجهان في الترغيب. واقتصر عليه في الفروع.
والاعتبار بقصد السيد في قبضه عن أحد الدينين. وفائدته: يمينه عند النزاع قلت:
قد تقدم في باب الرهن: أنه لو قضى بعض دينه، أو أبرئ منه وبيعته رهن أو كفيل:
كان عما نواه الدفع، أو المبرئ من القسمين. والقول قوله في النية بلا نزاع. فيخرج
هنا مثله.

قوله: ﴿وَيَمْلِكُ السَّفَرُ﴾.

حكم سفر المكاتب حكم سفر الغريم، على ما تقدم في أول باب الحجر.
قال في الفروع: وله السفر، كغريم.
قال المصنف في المغنى^(١)، والشرح: وقد أطلق أصحابنا القول في ذلك. ولم
يفرقوا بين السفر الطويل وغيره.

وقياس المذهب: أن له منعه من السفر الذي تحل نجوم الكتابة قبله.
قال الزركشى، قلت: وهو مراد الأصحاب. وإنما لم يقيدوا ذلك اكتفاء بما تقدم
لهم من الحر المدين بطريق الأولى.

تنبيه: يستثنى من كلام المصنف: السفر للجهاد. فإنه لا يجوز له السفر لذلك إلا
بإذنه، على ما مر في كتاب الجهاد. ذكره الزركشى.

قوله: ﴿فَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُسَافِرَ، وَلَا يَأْخُذَ الصَّدَقَةَ، فَهَلْ يَصِحَّ الشَّرْطُ؟
عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

(١) ذكره المصنف في المغنى فقال (وجملته أن المكاتب لا يمنع من السفر قريباً كان أو بعيداً لم يفرق
أصحابنا بين السفر الطويل وغيره) المغنى (٣٧٥/١٢).

وهما وجهان أيضاً فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، وشرح ابن منجا.
وهما روايتان عند أبى الخطاب، والشيرازى، والمصنف فى الكافى^(٣)، والمجد فى
المحرر، وصاحب الفروع، وغيرهم.
وأطلقهما فى المغنى^(٤)، والشرح^(٥)، وشرح ابن منجا، والحاوى الصغير.
أحدهما: يصح الشرط. وهو المذهب.
قال فى الفروع، والرعايتين: يصح شرط تركهما على الأصح. وصححه فى
التصحيح، والفائق. وجزم به فى الوجيز، وغيره.
وقدمه فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والرعايتين، والحاوى
الصغير، والمحرر^(٦).

وهو من مفردات المذهب فيهما.

الوجه الثانى: لا يصح الشرط. صححه فى النظم، واختار المصنف^(٧)،
والشارح: صحة شرط أن لا يسافر وقدم ابن رزين بطلان شرط عدم سفره .
وصحة شرط عدم السؤال وقال أبو الخطاب : يصح إذا شرط أن لا يسافر . ولا
يصح شرط أن لا يأخذ الصدقة.

وقال القاضى: لا يصح إذا شرط أن لا يسافر.

وقال فى الجامع، والشريف، وأبو الخطاب - فى خلافيهما - والشيرازى: يصح
شرط أن لا يسافر.

(١) ذكر الوجهين فى المغنى (قال: فإن شرط عليه فى الكتابة أن لا يسافر - فقال القاضى - الشرط باطل
- وهو قوله - لأنه يناهى مقتضى العقد فلم يصح شرط كشرط ترك الاتساع ولأنه غريم فلم يصح
شرط ترك السفر عليه كما لو أقرضه رجل قرضاً بشرط أن لا يسافر - الثانى - وقال أبو الخطاب يصح
الشرط وله منعه من السفر لقول النبى ﷺ (المسلمون على شروطهم) ولأنه شرط له فيه فائدة فلزم
كما لو شرط نقداً معلوماً. المغنى (١٢/ ٣٧٦).

(٢) ذكر الوجهين فى الشرح كما فى المغنى الشرح (١٢/ ٣٦٨).

(٣) ذكر الوجهين فى الكافى كما فى المغنى الكافى (٢/ ٣٤٣).

(٤) ذكر الإطلاق فى المغنى بناءً على الوجهين ولكنه صحيح ورجع الوجه الثانى بأنه يصح الشرط. المغنى
(١٢/ ٣٧٦).

(٥) ذكر الإطلاق فى الشرح أيضاً ورجع الوجه الثانى أنه يصح الشرح (١٢/ ٣٦٨).

(٦) ذكره فى المحرر مقدماً فقال: (وله أن يسافر ويأخذ الصدقة إلا أن يشترط عليه تركها) المحرر (٨/ ٢).

(٧) اختاره المصنف فى المغنى وصححه فقال: (لأنه شرط له فيه فائدة فلزم كما لو شرط نقداً معلوماً
وبيان فائدته أنه لا يأمن إياقه وأنه لا يرجع إلى سيده فيفوت العبد والمال الذى عليه وفيه عبده وقاله.
وهذا أصح إن شاء الله تعالى وأولى). المغنى (١٢/ ٣٧٦).

٤٣٠ كتاب العتق

وقال أبو بكر: إذا رآه يسأل مرة في مرة: عَجَّزَه. كما لو حل نجم: عجزه.

فاعتبر المخالفة في مرتين كحلول نجمين. وصحح الشرط.

فعلى القول بصحة الشرط: إذا خالف كان لسيدته تعجيزه. على الصحيح من المذهب.

وقيل: يملك تعجيزه بسفره، إذا لم يمكن رده. وأطلقهما في الشرح^(١).

وإن أمكن رده: لم يملك تعجيزه. وحزم به في الفروع وغيره.

قوله: ﴿وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ، وَلَا يَتَسَرَّى، وَلَا يَتَبَرَّعَ وَلَا يُقْرِضَ وَلَا يُحَابِي، وَلَا يَقْتَصُّ مِنْ عِبْدِهِ الْجَانِي عَلَى بَعْضِ رَقِيقِهِ، وَلَا يُعْتِقَ وَلَا يُكَاتِبَ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ﴾.

لا يتزوج المكاتب إلا بإذن سيده. على الصحيح من المذهب. نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب.

قال الزركشي: هو المذهب عند عامة الأصحاب. وقطع به عامتهم.

قلت: قطع به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى^(٢)، والمحرر^(٣)، والشرح^(٤)، والنظم، والوجيز، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغرى، والفائق، وغيرهم.

وقدمه في الرعاية الكبرى، والفروع.

وقيل: له أن يتزوج بغير إذنه، بخلاف المكاتبه. ذكره في الرعاية. ونقله إبراهيم الحربى.

فائدة: ليس للمكاتب أن يزوج رقيقه إلا بإذن سيده. على الصحيح من المذهب.

(١) ذكر الإطلاق في الشرح فقال (احتمال أن له تعجيزه ورده إلى الرق لأنه لم يف بما شرط عليه أشبه ما لو لم يف بأداء الكتابة، واحتمل - أن لا يملك ذلك لأنه مكاتب كتابة صحيحة لم يظهر عجزه فلم يملك تعجيزه كما لو لم يشترط عليه) الشرح (١٢ / ٣٦٩).

(٢) قطع به في المغنى فقال: (لقول النبي ﷺ: «لما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر». ولأن على السيد فيه ضرر لأنه ربما عجز ف يرجع إليه ناقص القيمة ويحتاج أن يؤدى المهر والنفقة من كسبه فيعجز عن تأديته نحو فيمنع من ذلك كالتبرع به). المغنى (١٢ / ٣٧٧).

(٣) قطع به في المحرر أيضا. المحرر (٨ / ٢).

(٤) قطع به في الشرح كما في المغنى النقطة السابقة الشرح (١٢ / ٣٧١).

كتاب العتق ٤٣١

جزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في المغنى^(١)، والشرح^(٢) - ونصره - وصححه في الكافي^(٣).

وقيل: له ذلك إذا رأى المصلحة. اختاره أبو الخطاب.

وقيل: له أن يزوج الأمة دون العبد. حكاه القاضي في خصاله.

وأطلقهن في الفروع، والفائق، والرعايتين، والحاوي الصغير، والنظم.

وليس للمكاتب أن يتسرى إلا بإذن سيده. على الصحيح من المذهب.

وجزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى^(٤)، والشرح^(٥)، والرعايتين، والحاوي الصغير، والنظم، والفروع، والفائق، وغيرهم. وقدمه في الفروع.

وعنه: المنع. وعنه: عكسه. ذكرهما في الفروع، ولم أرهما في غيره.

وليس له أن يتبرع، ولا يقرض ولا يحابي إلا بإذن سيده. بلا خلاف أعمله.

وليس له أن يقتص من عبده الجاني على بعض رقيقه إلا بإذن سيده. على الصحيح من المذهب. وجزم به في الوجيز، ومنتخب الأدمي. واختاره أبو بكر، وأبو الخطاب في رعوس المسائل، وابن عبدوس في تذكرته. وقدمه في الشرح، وشرح ابن منجا.

وقيل: يجوز له ذلك. اختاره القاضي. وهو ظاهر ما قدمه في الكافي^(٦).

وأطلقهما في المحرر^(٧)، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، والنظم، والفائق وأما العتق، فلا يخلو: إما أن يعتقه بجاناً، أو على عوض في ذمته.

(١) ذكره في المغنى مقدماً فقال (وليس للمكاتب أن يتزوج عبده وإماءه بغير إذن سيده، ثم قال: لأن على السيد فيه ضرر لأنه إن زوج العبد لزمته نفقة امرأته ومهرها وشغل بمقوق النكاح وتقص قيمته وإن زوج الأمة ملك الزوج بعضها ونقصت قيمتها وقلت الرغبات فيها وربما امتنع بيعها بالكلية المغنى (٣٨٠/١٢).

(٢) ذكره في الشرح مقدماً كما في المغنى الشرح (٣٧٢/١٢).

(٣) صححه في الكافي فقال (جاز له ذلك) لأن المنع لأجله فجاز بإذنه الكافي (٣٣٧/٢).

(٤) قطع به فقال (وليس له التسرى بغير إذن سيده لأن ملكه غير تام ولأنه ملكه ناقص وعلى السيد فيه ضرر فمنع منه كالتزويج المغنى (٣٧٨/١٢).

(٥) قطع به في الشرح كما في المغنى النقطة السابقة الشرح (٣٧٢/١٢).

(٦) ذكره في الكافي مقدماً فقال (وله أن يقتص من الجناية عليه وعلى رقيقه ويأخذ الأرض لأن فيه مصلحته ذكره القاضي) الكافي (٣٣٦/٢).

(٧) قال في المحرر (وهل يقتص إذا قتل بعض رقيقه بعضاً على الوجهين) المحرر (٩/٢).

٤٣٢ كتاب العتق

فإن أعتقه مجاناً: لم يجوز إلا بإذن سيده. بلا نزاع. فلو خالف وفعل: فالتعق باطل.
اختاره المصنف، والشارح وقدمه في الفائق.
وقال أبو بكر، والقاضى: عتقه موقوف على انتهاء الكتابة.
فإن عتق عتقوا. وإن رق رقوا. كما لو ملك دارحم منه. وخرج وقفه على رضا السيد.
قاله في الفائق.
وإن أعتقه بمال في ذمته. فظاهر كلام المصنف: أنه ليس له ذلك إلا بإذن سيده.
وهو المذهب. وهو ظاهر ماجزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمغنى^(١)،
والخلاصة، وغيرهم. وجزم به في الوجيز.
والوجه الثاني: يجوز.

قلت: وهو الصواب، إذا رآه مصلحة له.
وأطلقهما في المحرر^(٢)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، والنظم.
وأما المكاتب: فليس له ذلك إلا بإذن سيده. وهو أحد الوجهين. وهو المذهب.
وجزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والوجيز، وغيرهم.
وقدمه في الكافي^(٣)، والمغنى^(٤)، والشرح^(٥)، والفائق
والوجه الثاني: يجوز. اختاره القاضى، وأبو الخطاب، في رعوس المسائل.
وأطلقهما في المحرر، والفروع، والرعايتين، والنظم.
وقال أبو بكر: هو موقوف، كقوله في العتق المنجز.
فائدة: قال المصنف في المغنى، والكافي^(٦) هنا: ليس له أن يحج إن احتاج إلى
الإنفاق من ماله فيه.

-
- (١) ذكره المصنف في المغنى فقال (فأما إن أذن فيه سيده صح لأن الحق لا يخرج منهما فإذا على التبرع به
جاز كالراهن والمرتهن) المغنى (٣٨١/١٢).
(٢) ذكر الإطلاق صاحب المحرر فقال (أو يكتبه أو يعتقه بمال في ذمته بغير إذن سيده؟ على وجهين)
المحرر (٩/٢).
(٣) ذكره في الكافي مقدماً الكافي (٣٣٧/٢).
(٤) ذكره في المغنى مقدماً فقال (وليس للمكاتب أن يكتب إلا بإذن سيده لأن الكتابة نوع إعتاق فلم
تجز من المكاتب كالمعتق ولأنه يملك الإعتاق فلم يملك الكتابة كالمأذون له في التجارة) المغنى
(٣٨٣/١٢).
(٥) ذكره في الشرح مقدماً كما في المغنى الشرح (٢٧٦/١٢).
(٦) ذكره المصنف في الكافي. الكافي (٣٣٦/٢).

كتاب العتق ٤٣٣

وذكر المصنف أيضاً في المقنع - في باب الاعتكاف - له أن يحج بغير إذن سيده. لأنه كالحرم المدين. وقدمه في الفروع، والرعاية الصغرى هناك.

ونقل الميموني: له أن يحج من المال الذي جمعه، ما لم يأت نجمه. قدمه. في المحرر.

قال المصنف، والقاضى، وابن عقيل: هذه الرواية محمولة على أنه يحج بإذن سيده. وأما بغير إذنه: فلا يجوز. انتهى.

قال في المحرر^(١)، والرعاية الكبرى، والنظم، والمنور، وتجريد العناية، وغيرهم - في باب الاعتكاف - ويحج بغير إذنه، ما لم يحل عليه نجم في غيبته. نص عليه. انتهى. فقطعوا بذلك.

وقال في الحاوى الصغير: وفي جواز حجه بمال بإذن سيده روايتان.

قال في الرعايتين، والفائق - في هذا الباب - في جواز حجه بماله بأذن سيده: روايتان.

وعنه: له الحج بلا إذنه.

وعنه: ما لم يحل نجم.

قال في الفروع: وله الحج بماله ما لم يحل نجم.

وقيل: مطلقاً. وأطلقه في الترغيب، وغيره. وقالوا: نص عليه.

وتقدم بعض ذلك في أول كتاب الاعتكاف.

قوله: ﴿وَوَلَاءُ مَنْ يُعْتَقُ وَيَكَاتِبُهُ لِسَيِّدِهِ﴾.

هذا المذهب مطلقاً. جزم به في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمنور، وغيرهم.

وقدمه في المحرر^(٢)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم.

قال في الرعايتين، والفروع، والفائق: إن كاتبه بإذن سيده.

وقيل: الولاء للمكاتب إن عتق، زاد في الفائق: مع أمن ضرر في ماله.

وقال المصنف، والشارح: إن أدى الأول، ثم أدى الثانى: فولاء كل واحد لمكاتبه.

وإن أدى الأول، وعجز الثانى: صار رقيقاً للأول. وإن عجز الأول وأدى الثانى: فولأه للسيد الأول. وإن أدى الثانى قبل عتق الأول: عتق.

(١) قطع به صاحب المحرر في باب الاعتكاف وذكره بنصه وتماه (المحرر ١/٢٣٣).

(٢) ذكره في المحرر مقدماً فقال (وولاء من يكاتبه ويعتقه للسيد الأول). المحرر (٩/٢).

- ٤٣٤ كتاب العتق
- قال أبو بكر: ولاؤه للسيد. ورجحه القاضى فى الخلاف. قاله فى القاعده السادسة عشر.
- وقال القاضى فى المحرر: هو موقوف. إن أدى عتق، وولاؤه له، وإلا فهو للسيد.
- قوله: ﴿وَلَا يُكْفَرُ بِالْمَالِ﴾.
- هذا إحدى الروايات مطلقاً. جزم به فى الخلاصة، والوجيز، والنظم.
- وقدمه فى الشرح^(١). وهو ظاهر كلام الخرقي.
- وعنه: له ذلك بأذن سيده. وهو المذهب. جزم به فى الكافى^(٢)، والمغنى، والمحرر^(٣)، وغيرهم.
- وقدمه فى القروع، وغيره.
- وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والرعايتين.
- وعنه: يكفر بالمال مطلقاً.
- وقال القاضى: المكاتب كالقن فى التكفير. فإن أذن له سيده فى التكفير بالمال: انبنى على ملك العبد بالتمليك. فإن قلنا: لا يملك، لم يصح تكفيره بغير الصيام مطلقاً. وإن قلنا يملك: صح بالإطعام، إذا أذن فيه سيده. وإن أذن بالتفكير بالعتق. فهل يصح؟ على روايتين.
- قال المصنف: والصحيح أن هذا التفصيل لا يتوجه فى المكاتب.
- لأنه يملك المال بغير خلاف. وإنما ملكه ناقص لتعلق حق السيد به.
- فإذا أذن له: صح. كالترع.
- تنبيه: حيث جوزنا له التكفير بالمال: فإنه لا يلزمه. قاله الزركشى، وغيره.
- قوله: ﴿وَهَلْ لَهُ أَنْ يَرْهَنَ، أَوْ يُضَارَبَ بِمَالِهِ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ﴾.
- وكذا قال فى الهداية. وأطلقهما فى المذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى^(٤)،
- (١) ذكره فى الشرح مقدماً فقال (إذا لزم كفاة ظهار أو جماع فى رمضان أو قتل أو عيّن لم يكن له التكفير بالمال لأنه عبد ولأنه فى حكم المعسر بدليل أنه لا تلزمه زكاة ولا نفقة قريب). المشرح (٣٧٨/١٢).
- (٢) ذكره فى الكافى وقطع به فقال (ولا يكفر بالمال (ثم قال) وما فعله بإذن سيده جاز لأن المنع لأجله فجاز بأذنه). الكافى (٣٣٦/٢).
- (٣) قطع به فى المحرر (قال ولا يكفر بالمال إلا بإذن سيده) المحرر (٨/٢).
- (٤) ذكر الوجهين صاحب المغنى فقال. أحدهما لا يجوز لأن فى دفع ماله إلى غيره تغريراً به وفى الرهن-

كتاب العتق ٤٣٥
والحرر^(١)، والشرح^(٢)، والنظم، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق،
وشرح ابن منجا.

أحدهما: ليس له ذلك وهو الصحيح. صححه فى التصحيح. وجزم به فى
الوجيز. وقدمه فى الكافى^(٣). وقدمه فى الشرح فى موضع آخر.
والوجه الثانى: له ذلك. اختاره ابن عبدوس فى تذكرته.

فائدتان

إحدهما: فى جواز بيعه نساء، ولو برهن، وهبة بعوض، وحدّ رقيقه:
وجهان. وأطلقهما فى الفروع.
وأطلقهما فى الرعايتين، والحرر^(٤)، والحاوى الصغير، والفائق فى الأولى،
والأخيرة.
وأطلقهما فى النظم فى البيع نساء.
وقدم فى المغنى^(٥)، والشرح^(٦): أنه ليس له أن يبيع نساء. وقدمه فى الكافى^(٧) فى
الجميع.

وجزم فى الوجيز: ليس له أن يهب ولو بثواب مجهول ولا يحدّ.
وجزم فى الرعايتين، والحاوى الصغير: ليس له أن يهب ولو بثواب مجهول
وجزم فى المغنى^(٨)، والشرح^(٩): أنه لا تصح الهبة بالثواب.

-
- = خطر لأنه قد ي تلف أو يحمده الغريم. الثانى - يجوز لأنه قد يرى الخطر فيه بدليل أن لولى اليتيم أن
يفعله فى مال اليتيم فجاز كلجارته. المغنى (١٢ / ٣٨٥).
(١) ذكر الإطلاق فى الحرر فقال (على وجهين) الحرر (٨ / ٢).
(٢) ذكر الإطلاق فى الشرح على وجهين كما فى المغنى النقطة قبل السابقة الشرح (١٢ / ٣٧٩).
(٣) ذكر عدم الجواز فى الكافى مقدماً فقال (وليس له التصرف إلا على وجه الخطر والاحتياط. وليس له
إن يضارب بماله لأنه يخاطر به ولا يرهنه لأنه يخرج ماله بغير عوض) الكافى (٢ / ٣٣٧).
(٤) ذكر الإطلاق فى الحرر فقال (وهل له أن يبيع نسيئة؟ على وجهين) الحرر (٨ / ٢).
(٥) ذكره فى المغنى مقدماً فقال (وليس له أن يبيع نسيئة وإن باع السلعة بأضعاف قيمتها لأن فيه تغريراً
بالمال وهو ممنوع من التغرير بالمال لتعلق حق السيد به) المغنى (١٢ / ٣٨٤).
(٦) ذكره فى الشرح مقدماً كما فى المغنى الشرح (١٢ / ٣٧٧).
(٧) ذكره فى الكافى مقدماً أيضاً الكافى (٢ / ٣٣٧).
(٨) قطع به المصنف فى المغنى فقال (فأما الهبة بالثواب فلا تصح لأن الاختلاف فى تقدير الثواب يوجب
الغرر فيها ولأن عوضها يتأخر فتكون كالبيع نسيئة) المغنى (١٢ / ٣٨٢).
(٩) قطع به فى الشرح كما فى المغنى الشرح (١٢ / ٣٧٣).

٤٣٦ كتاب العتق

وقيل: يجوز بيعه نساء من غير رهن ولا ضمين.
ففى البيع نساء ثلاثة أوجه: الجواز، وهو تخريج للقاضى من المضارب.
وعدمه. والجواز برهن أو ضمين.
الثانية: ليس له أن يقتص لنفسه ممن جنى على طرفه بغير إذن سيده، على أحد الوجهين.
قال فى الرعاية: ولا يقتص لنفسه من عضو - وقيل: أوجروح - بدون إذن سيده فى الأصح. وكذا قال فى الفائق.
قال القاضى فى خلافه: وهو قياس قول أبى بكر.
قال فى القاعدة السابعة والثلاثين بعد المائة: وفيه نظر.
وقيل: له ذلك. اختاره القاضى فى المجرى، وابن عقيل.
قلت: وهذا المذهب. والقول الأول: ضعيف جداً.
وقد ذكر الأصحاب قاطبة: أن العبد لو وجب له قصاص: أن له طلبه، والعفو عنه.
كما ذكره المصنف فى آخر «باب العفو عن القصاص» فهنا بطريق أولى وأحرى اللهم إلا أن يقال: له الطلب، وليس له الفعل قلت: وأطلقهما فى الفروع.
قوله: «وَلَيْسَ لَهُ شِرَاءُ ذَوِي رَحِمِهِ، إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ»
هذا أحد الوجهين. قدمه فى الهداية. وجزم به فى الوجيز. وهو ظاهر ما جزم به فى الخلاصة.
قال ابن منجا فى شرحه: وهذا المذهب.
وقال القاضى: له ذلك. نص عليه. وهو المذهب.
قال الزركشى: هذا الأشهر.
قال فى الرعايتين، والحاوى الصغير: وله شراء ذى رحمه بلا إذن سيده.
فى أصح الوجهين. وإليه ميل الشارح.
وقطع به الشرف، وأبو الخطاب - فى خلافيهما - وابن عقيل، والمصنف فى المغنى^(١). وهو من المفردات.

(١) ذكره المصنف فى المغنى واختاره فقال - أنه يصح أن يشتري من ذوى أرحامه من يعتق عليه بعد إذن سيده. لأنه اشترى مملوكاً لاضرر فى شرائه فصح كالأجنبى وبيانه أنه يأخذ كسبهم وإن عجزوا صاروا رقيقاً لسيده. المغنى (١٢/ ٤٥٤).

كتاب العتق ٤٣٧

وأطلقهما في المذهب، والمحرم^(١)، والفروع، والفائق، والنظم.

قوله: ﴿وَلَهُ أَنْ يَقْبَلَهُمْ إِذَا وَهَبُوا لَهُ، أَوْ أَوْصَى لَهُ بِهِمْ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ بِمَالِهِ﴾.

وقطع به في الرعايتين، والحاوي الصغير، والنظم. وشرح على ذلك ابن منجا وقيل: له أن يقبلهم في الهبة، والوصية، ولو أضر ذلك بماله.

وأطلق الجواز - من غير التقييد بالضرر - في الهداية، والكافي^(٢)، والمغنى^(٣)، والمحرم^(٤)، والفروع والفائق. وهو إحدى نسختي الخرقى.

قال الشارح: وله أن يقبلهم. لأنه إذا ملك شراءه. فَلَأَنْ يَجُوزَ لَهُ بغير عوض أولى. وعند من لا يرى جواز شراءهم بغير إذن السيد: لا يجوز قبولهم إذا لم يكن فيه ضرر بماله.

فائدة: هل له أن يفدى ذوى رحمه، إذا جنوا؟ فيه وجهان.

وفي المنتخب، والمذهب: له ذلك كالشراء. قاله في الفروع.

وقال في الترغيب: يفديه بقيمته.

قوله: ﴿وَمَتَى مَلَكَهُمْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بِيَعَهُمْ. وَلَهُ كَسْبُهُمْ. وَحُكْمُهُمْ حُكْمُهُ. فَإِنْ عَتَقَ عَتَقُوا. وَإِنْ رَقَّ صَارُوا رَقِيقًا لِلسَّيِّدِ﴾.

مراده بذلك: ذوى رحمه.

واعلم أن المكاتب إذا عتق، فلا يخلو: إما أن يكون عتقه بأداء مال الكتابة، أو بعتق سيده له.

فإن كان بأداء مال الكتابة: عتقوا معه بلا نزاع.

(١) ذكر الإطلاق في المحرم فقال (وله أن يملك ذوى رحمه المحرم بالهبة والوصية فأما بالشراء بغير إذن فعلى وجهين). المحرم (٩/٢).

(٢) ذكره في الكافي فقال (يصح أن يملكهم بالهبة والوصية أو بالشراء بإذن السيد) الكافي (٢/٣٣٧).

(٣) أطلق جوازه أيضا في المغنى فقال (وإن وهب له بعض ذوى رحمه فله قبوله وإن وصى له به فله قبول الوصية لأنه إذا ملك شراءه مع مافيه من بذل ماله فلا يجوز بغير عوض أولى وإذا ملكه فحكمه حكم ما لو اشتراه) المغنى (١٢/٤٥٦).

(٤) قال في المحرم فقال: (وله أن يملك ذوى رحمه المحرم بالهبة والوصية) المحرم (٩/٢).

٤٣٨ كتاب العتق

وإن كان عتقه لكون سيده أعتقه، فظاهر كلام المصنف: أنهم يعتقون معه أيضاً.
وهذا اختيار المصنف^(١). وإليه ميل الشارح. وصححه الناظم.

والصحيح من المذهب: أنهم لا يعتقون إذا اعتق السيد المكاتب، بل يبقون أرقاء للسيد. قدمه في الفروع، والنظم. وحزم به في الرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق.

فائدة: يجوز للمكاتب شراء من يعتق على سيده. ذكره في الانتصار، والترغيب. فإن عجز عتقوا.

وإن عتق: كانوا أرقاء له. واقتصر عليه في الفروع.

قلت: فيعابى بها.

تنبيه: ظاهر قوله: ﴿وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي وَلَدِهِ مِنْ أُمِّهِ﴾.

يعنى: أنه يعتق بعتقه، أنه لا يتبعه ولده إذا كان من أمة سيده. وهو المذهب مطلقاً. قدمه الفروع.

وقال جماعة من الأصحاب: يتبعه إذا شرط ذلك، منهم الناظم.

قوله: ﴿وَوَلَدُ الْمَكَاتِبَةِ الَّتِي وَلَدَتْهُ فِي الْكِتَابَةِ يَتَّبِعُهَا﴾.

نص عليه فإن عتقت بأداء أو إبراء عتق معها. وإن عتقت بغيرهما لم يعتق ولدها. على الصحيح من المذهب، وعليه أكثر الأصحاب، كموتها في الكتابة.

قال المصنف، والشارح: وهو مقتضى قول أصحابنا. وقدمه في الفروع.

وقيل: يبقى مكاتباً قال الشارح: وهو مقتضى قول شيخنا.

قال في الفروع: والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله أنه يعتق.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أن ولد المكاتب - الذي ولدته قبل الكتابة - لا يتبعها.

وهو صحيح.

قطع به المصنف، والشارح، وغيرهما.

وظاهر كلامه: أنها لو كانت حاملاً به حال الكتابة تبعها. وهو صحيح. قطع به

الزر كشي، وغيره.

(١) اختارة المصنف وذكره في الكافي وغيره قال (ولا يملك بيعهما ولا إخراجهم عن ملكه فإن أدى عتق وكمل ملكه فيهم فعتقوا حيث ولاؤهم له دون سيده) الكافي (٢/ ٣٣٧).

فائدتان

إحدهما: لو أعتق السيد الولد دونها: صح عتقه. نص عليه.
وقدمه في الفروع، والمغنى^(١)، والشرح^(٢)، ونصراه. وقيل: لا يعتق.
قال القاضى: قد كان يجب أن لا ينفذ عتقه. لأن فيه ضرراً بأمه، لتفويت كسبه عليها.
فإنها كانت تستعين به فى كتابتها. ولعل الإمام أحمد رحمه الله نفذ عتقه تغليياً للعتق.

ورده المصنف من ثلاثة أوجه. وتقدم فى كتاب العتق صحة عتق الجنين.
الثانية: ولد بنت المكاتب كالمكاتب، وولد ابنها وولد المعتق بعضها كالأمة
قوله: ﴿وَإِنْ اسْتَوْلَدَ أَمَتُهُ، فَهَلْ تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ يَمْتَنِعُ عَلَيْهِ يَبْعُهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.
وأطلقهما فى المذهب، والمحرر^(٣)، والفروع.
أحدهما: تصير أم ولد، وهو المذهب. نص عليه.
قال المصنف: هذا هو المذهب. وصححه فى التصحيح، والنظم، والفائق، وغيرهم.

وحزم به فى الوجيز، وغيره.
وقدمه فى الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى^(٤)، والشرح^(٥)، وغيرهم.
والوجه الثانى: لاتصير أم ولد. وقاله القاضى فى موضع من كلامه. وهو احتمال فى الهداية.

قوله: ﴿وَلَا يَبْعُهُ دِرْهَمًا بِلِرْهَمَيْنِ﴾.

(١) ذكره المصنف فى المغنى فقال (إن أعتق المكاتب فقد قال أحمد المكاتب إذا أدت أو عتقت عتق ولدها لأن ولد المكاتب يبعها فى العتق بإعتاق سيدها لأنه فى حكم مالها يستحق كسبه فيتبعها إذا أعتقها كما لها ولأن إعتاقها يمنع أداها بسبب من السيد فأشبه ما لو أبرأها من مال الكتابة) المغنى (٥٠٧/١٢).

(٢) وذكره كذلك فى الشرح كما فى المغنى الشرح (٥٠٦ / ١٢).

(٣) ذكره فى المحرر (١١ / ٢).

(٤) ذكره فى المغنى مقدماً قال (وإذا علقته منه بجرى ملكه فوضعت بعض ما يستين فيه خلق الإنسان كانت له بذلك أم ولد) المغنى (٥٠٢ / ١٢).

(٥) ذكره مقدماً فى الشرح كما فى المغنى الشرح (٤٨٩ / ١٢).

٤٤٠ كتاب العتق

يعنى: أنه يجرى الربا بينهما. وهذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

وقال ابن أبي موسى: لاربا بينهما. لأنه عبد فى الأظهر من قوله «لاربا بين العبد وسيده» واختاره أبو بكر. قاله الزركشى وغيره. وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله. فعلى المذهب: لو زاد الأجل والدين: جاز ذلك، على احتمال ذكره المصنف، وغيره.

والمذهب: عدم الجواز. وعليه الأصحاب.

وتقدم ذلك فى آخر باب الربا.

تنبيه: يستثنى من ذلك مال الكتابة. فإنه لا يجرى الربا فى ذلك. قاله الأصحاب. لتجوزهم تعجيل الكتابة بشرط أن يضع عنه بعضها. وتقدم قطع المصنف بذلك. قوله: ﴿وَإِنْ حَبَسَهُ مُدَّةً، فَعَلَيْهِ أَرْفَقُ الْأَمْرَيْنِ بِهِ: مِنْ إِنْظَارِهِ مِثْلَ تِلْكَ الْمُدَّةِ، أَوْ أَجْرَةِ مِثْلِهِ﴾.

هذا أحد الوجوه. جزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والوجيز، ونهاية ابن رزين. واختاره ابن عبدوس فى تذكرته.

وقيل: تلزمه أجرة المدة. جزم به الأدمى فى منتخبه.

وقدمه فى المحرر^(١)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والنظم.

وقيل: يلزمه فى إنظاره مثل المدة. ولا تحتسب عليه مدة حبسه.

صححه المصنف، والشارح. وقدمه ابن رزين فى شرحه.

وأطلقهن فى الكافى^(٢)، والفروع، والفائق، وتجريد العناية.

قوله: ﴿وَلَيْسَ لَهُ وَطْءٌ مُكَاتَبَةٌ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ﴾.

إذا أراد وطأها فلا يخلو: إما أن يشترطه أولاً. فإن لم يشترطه: لم يجوز وطؤها على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب. وقطع به أكثرهم.

(١) ذكره فى المحرر مقدماً - فقال (ومن حبس مكاتبة مدة لزمه أجرة المدة) المحرر (٢/ ٩).

(٢) ذكر الإطلاق فى الكافى على ثلاثة أوجه أحدها. تلزمه أجرة مثله. الثانى. لا يحتسب عليه عدة الحبس لأنه يلزمه تمكينه من التصرف مدة الكتابة فإذا منعه لم يحتسب بها عليه - الثالث - يلزمه أرفق الأمرين به لأنه وجد سببها) الكافى (٢/ ٣٣٨).

كتاب العتق ٤٤١

وقال المصنف ^(١) - وتبعه الشارح - وقيل: له وطؤها، وإن لم يشترط في الوقت الذى لا يشغلها الوطاء عن السعى عما هي فيه.

قال الزركشى: وهذا القول، يحتمل أنه فى المذهب ويحتمل أنه لبعض العلماء. وإن شرط وطأها فى العقد: على الصحيح من المذهب. نص عليه، وعليه جماهير الأصحاب.

قال الزركشى: هذا المذهب المجزوم به عند عامة الأصحاب.

وجزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والوجيز، وغيرهم. وقدمه فى المحرر ^(٢)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم. وصححه الناظم، وغيره.

قال فى القاعدة الثانية والثلاثين: هذا المذهب المنصوص. كالراهن يطاء بشرط. ذكره فى عيون المسائل، والمنتخب. وهو من مفردات المذهب.

وعنه: لا يجوز. ذكرها أبو الخطاب، وابن عقيل فى المفردات. وقال: هذا اختياري.

قوله: ﴿وَإِنْ وَطَّئَهَا وَلَمْ يَشْتَرِطْ، أَوْ وَطَّئَ أَمَتَهَا: فَلَهَا عَلَيْهِ الْمَهْرُ﴾.

هذا الصحيح من المذهب. وجزم به الخرقى، وصاحب الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى ^(٣)، والشرح ^(٤)، والوجيز، وغيرهم. وقدمه فى الفروع وغيره.

وقيل: لا يلزمه إن طاعته. وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير. وصححه فى النظم.

وأطلقهما فى المحرر ^(٥)، والفائق، والزركشى.

فائدة: إذا تكرر وطؤه، فإن كان قد أدى مهر الوطاء الأول: لزمه للثانى مهر أيضاً.

(١) ذكره المصنف فى المغنى فقال (وطؤها بغير شرط حرام لأن الكتابة عقد أزال ملك استخدامها وملك عوض منفعة يضعها فما إذا وطئت به فأزالت حل وطئها كالبيع - وقيل له وطؤها فى الوقت الذى لا يشغلها عن السعى عما هي فيه لأنها ملك يمينه فتدخل فى عموم قوله تعالى (أو ما ملكت أيمانهم) المغنى (٣٨٨ / ١٢).

(٢) ذكره فى المحرر مقدماً فقال (ومن كاتب أمة وشرط وطأها جاز نص عليه) المحرر (٩ / ٢).

(٣) قطع به المصنف فى المغنى فقال (ولهذا لو وطئت تشبهه كان المهر لها) المغنى (٣٨٨ / ١٢).

(٤) ذكره فى الترح وقطع به كما فى المغنى الشرح (٣٨٩ / ١٢).

(٥) ذكر الإطلاق فى المحرر فقال (ويلزمه مهرها إذا لم تطاوعه ومع المطاوعة وجهان) المحرر (٩ / ٢).

٤٤٢ كتاب العتق

وإن لم يكن أدى عنه: لم يلزمه إلا مهر واحد. ذكره المصنف، والشارح، وغيرهما.

وسياتى ذلك مستوفى فى آخر كتاب الصداق.

تنبيه: مراده بقوله: ﴿وَيُؤَدَّبُ. وَلَا يُنْفَعُ بِهِ الْحَدُّ﴾.

إذا كان عالماً بالتحريم.

فأما إن كان غير عالم بالتحريم: فإنه لا يعزر.

قوله: ﴿وَمَتَى وَلَدَتْ مِنْهُ: صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ وَوَلَدُهُ حُرٌّ﴾.

سواء وطئها بشرط أو غيره

﴿فَإِنْ أَدَّتْ عَتَقَتْ. وَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَ أَدَائِهَا: عَتَقَتْ، وَسَقَطَ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهَا﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب. وقطعوا به.

وحكى الشيرازى رواية: يلزمها بقية مال الكتابة تدفعها إلى الورثة، إذا اختار بقاءها على الكتابة.

ذكره عنه الزركشى.

فائدة: ليس له وطء بنت مكاتبته. ولا يباح ذلك بالشرط. فإن فعل عزر ولا تجب عليه قيمة ولده من جارية مكاتبته، أو مكاتبته. على الصحيح من المذهب. ويحتمل أن تجب.

قوله: ﴿وَمَا فِي يَدِهَا لَهَا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ عَجَّزَهَا﴾.

إذا مات السيد قبل أدائها: عتقت بكونها أم ولد، وما فى يدها - إن كان مات سيدها بعد عجزها - فهو لورثة سيدها. وإن كان مات قبل عجزها، فقدم المصنف هنا: أنه يكون لها. وهو أحد الوجهين.

واختاره ابن عقيل فى الفصول، والمصنف^(١)، والشارح، والقاضى فى المجرد، والتعليق.

ذكره فيه فى الظهار. وقدمه فى النظم.

(١) ذكره المصنف فى المغنى واختاره فقال (وما فضل من كسبها فهو لها لأن المعتق بالكتابة له مافضل من نجومه وإن عجزت وردت فى الرق بطل حكم الكتابة وبقي لها حكم الاستيلاد منفرداً) المغنى (٣٩٤/١٢).

كتاب العتق ٤٤٣

وقال أصحابنا: هو لورثة سيدها أيضاً. وهو المذهب. جزم به الخرقي، وصاحب الهداية، والمذهب، والخلاصة، وغيرهم.

وقدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم.

وأطلقهما في المحرر^(١). ولم يفرق بين عجزها وعدمه.

وأطلقهما في المستوعب. وحكاها روايتين.

وتقدم نظير ذلك إذا دبر المكاتب، أو كاتب المدبر، في باب التدبير.

قوله: ﴿وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا أَعْتَقَ الْمَكَاتِبَ سَيِّدُهُ﴾.

فيكون مافى يده له في قول القاضي، وابن عقيل، والمصنف، والشارح.

وعلى قياس قول الأصحاب: يكون لسيده.

قال المصنف^(٢)، والشارح: ويحتمل أن يكون للمكاتب أيضاً على قول الأصحاب: الخرقي، وغيره. لأن السيد أعتقه برضاه. فيكون قد رضى باعطائه ماله، بخلاف الأولى.

وتقدم «إذا مات، أو عجز، أو أعتق، وفي يده مال من الزكاة: هل يكون لسيده، أو يرد إلى ربه؟» في باب ذكر أهل الزكاة.

فائدتان

إحدهما: وكذا الحكم لو أعتق المكاتب.

الثانية: عتق المكاتب، قيل: هو إبراء مما بقى عليه.

وقيل: بل هو فسخ، كعتقه في الكفارة. وأطلقهما في الفروع.

قوله: ﴿وَإِنْ كَاتِبٌ اثْنَانِ جَارِيَتُهُمَا. ثُمَّ وَطَّنَاهَا، فَلَهَا الْمَهْرُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا. وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ أَحَدِهِمَا: صَارَتْ أُمًّا وَلِدَ لَهُ﴾.

ومكاتبه كل نصف لسيده. وهذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

وجزم به في الوجيز، والنظم، وغيرهما.

(١) ذكر الإطلاق في المحرر فقال (وهل كسبها لها أو للورثة؟ على وجهين) المحرر (١١/٢).

(٢) ذكر الاحتمال المصنف في المغنى بنصه وتمامه المغنى (٣٩٤ / ١٢).

٤٤٤ كتاب العتق

وقدمه فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والمحرر^(٣)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم.

وقال القاضى: لايسرى استيلاد أحدهما إلى نصيب شريكه، إلا أن يعجز فينظر حيثئذ. فإن كان موسراً: قُوم عليه نصيب شريكه، وإلا فلا.

وقوله: ﴿وَيَغْرَمُ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيَمَتِهَا﴾.

هذا المذهب، بلا نزاع. لكن هل يغرم نصف قيمتها مكاتبة، أو نصف قيمتها قنًا؟ فيه وجهان.

والصحيح من المذهب: الأول. قدمه فى المحرر^(٤)، والفروع.

والوجه الثانى: يغرم نصف قيمتها قنًا. جزم به فى الوجيز.

وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق. وصححه فى النظم.

وهل يلزمه المهر كاملاً، أو نصفه؟ فيه وجهان. الصحيح من المذهب: الأول.

قدمه فى المحرر^(٥)، والفروع.

والوجه الثانى: يلزمه نصف المهر فقط. جزم به فى الوجيز. وصححه فى النظم

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والخلاصة، والرعايتين، والفائق.

قوله: ﴿وَهَلْ يَغْرَمُ نِصْفَ قِيَمَةٍ وَلَدَهَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحرر^(٦)، والفروع.

إحداهما: نصف قيمته. قال القاضى: هذه الرواية أصح على المذهب.

وصححه فى التصحيح، والنظم وجزم به فى الوجيز.

والرواية الثانية: لا يغرمه. قدمه فى المغنى^(٧)، والشرح^(٨)، والرعايتين، والحاوى

الصغير، والفائق، وشرح ابن رزين. وهذا المذهب.

(١) ذكره فى المغنى مقدماً فقال: (وإن وطأها جميعاً فقد وجب لها على كل واحد منهما مهر مثلها) المغنى (٣٩٨/١٢).

(٢) ذكره فى الشرح مقدماً كما فى المغنى الشرح (٣٩٩/١٢).

(٣) ذكره فى المحرر مقدماً فقال (ولو كاتباً أمة لهما ثم وطأها ولم تلد فلها المهر على كل واحد منهما وإن ولدت من أحدهما صارت له أم ولد ومكاتبة ومعهم لشريكه نصفها مكاتبة ولها كمال المهر ونصف قيمة الولد فى رواية) المحرر (١٣/٢).

(٤) ذكره فى المحرر مقدماً فقال (ويغرم لشريكه نصفها مكاتبة ولا كمال المهر) المحرر (١٣/٢).

(٥) ذكره فى المحرر مقدماً فقال (ولها كمال المهر ونصف قيمة الولد فى الرواية) المحرر (١٣/٢).

(٦) ذكر الإطلاق فى المحرر فقال (لها نصف قيمة الولد فى رواية لا يغرم للولد شيئاً) المحرر (١٣/٢).

(٧) ذكره فى المغنى مقدماً فقال (ولو يلزمه قيمته لأنها وضعت ملكه) المغنى (٣٩٧/١٢).

(٨) ذكره فى الشرح مقدماً كما فى المغنى الشرح (٣٩٩/١٢).

كتاب العتق ٤٤٥

وقيل: إن وضعته قيل التقويم: غرم نصف قيمته، وإلا فلا شيء عليه. اختاره أبو بكر.

ويأتى ما يشابه ذلك فى آخر باب «أحكام أمهات الأولاد».

قوله: ﴿وَيَجُوزُ بَيْعُ الْمَكَاتِبِ﴾ هذا المذهب، وعليه الأصحاب. قال الزركشى: هذا المذهب المشهور المنصوص عليه. نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله.

واختاره الأصحاب، وقدموه. وهو من مفردات المذهب.

وعنه: لا يجوز بيعه مطلقاً.

وعنه: لا يجوز بيعه بأكثر من كتابته. حكاه ابن أبى موسى.

فعلى المذهب: يقوم المشتري مقام البائع.

فائدة: حكم هبته والوصية به: حكم بيعه. على الصحيح من المذهب.

وعنه: لا يجوز هبته.

وتقدم فى كلام المصنف: الوصية بالمكاتب، وبمال الكتابة، أو بنجم منها، أو برقبته فى «باب الموصى به» فليراجع.

فائدة أخرى: لا يجوز بيع مافى ذمة المكاتب من نجوم الكتابة.

قوله: ﴿وَإِنْ اشْتَرَى كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمَكَاتِبِ الْآخَرَ: صَحَّ شِرَاءُ الْأَوَّلِ. وَبَطُلَ شِرَاءُ الثَّانِي. سَوَاءٌ كَانَا لَوَاحِدٍ أَوْ اثْنَيْنِ﴾ وهذا بلا نزاع على القول بجواز بيع المكاتب.

وقوله: ﴿وَإِنْ جَهِلَ الْأَوَّلُ مِنْهُمَا: فَسَدَ الْبَيْعَانِ﴾.

وهذا المذهب. اختاره أبو بكر، وغيره. وجزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والرعايتين، والحاوى الصغير، والنظم، والوجيز، وغيرهم وقدمه فى الفروع، والفائق.

وقال القاضى: يفسخان، كما لو زوج الوليان وأشكل السابق منهما.

أويقرع. وجزم به فى المحرر^(١).

(١) قطع به فى المحرر فقال (وإذا اشتري المكاتبان كل واحد فيهما الآخر صح الشراء للأول وحده فإن جهل السابق بطلا) المحرر (١١/٢).

- ٤٤٦ كتاب العتق
- قوله: ﴿وَإِنْ أَسَرَ الْعَدُوُّ الْمَكَاتِبَ، فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ. فَأَحَبَّ سَيِّدُهُ أَخْذَهُ بِمَا اشْتَرَاهُ، وَإِلَّا فَهُوَ عَبْدٌ مُشْتَرِيهِ، مُبْقَى عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ يُعْتَقُ بِالْأَدَاءِ. وَلَاؤُهُ لَهُ﴾.
- قال النظم: ولو قيل: يعطى الربيع بينهما معاً. ويلزمه كل الفدا لم أبعد هذا الحكم مبنى على ثلاث قواعد.
- الأولى: أن الكفار يملكون أموال المسلمين بالقهر.
- الثانية: أن من وجد ماله - من مسلم، أو معاهد - يبد من اشتراؤه منهم: فهو أحق به بثمنه وهذا المذهب فيهما، على ماتقدم محرراً في «باب قسمة الغنيمة».
- الثالثة: أن المكاتب يصح نقل الملك فيه: وهو المذهب. وعليه الأصحاب. كما تقدم قريباً.
- إذا علمت ذلك: فلا تبطل الكتابة بالأسر. لكن هل يحتسب عليه بالمدة التي كان فيها مع الكفار؟ على الوجهين.
- وأطلقهما في المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والفروع، والفائق، والزرکشی. جزم في الكافي بالاحتساب.
- قلت: الأولى عدم الاحتساب. ثم رأيت ابن رزين في شرحه قدمه.
- فإن قيل: لا تحتسب - وهو الصواب - لغت مدة لأسر، وبني على ماضى.
- وإن قيل: تحتسب عليه، فحل ما يجوز تعجيزه بترك أدائه: فلسده تعجيزه.
- وهل له ذلك بنفسه، أو بحكم حاكم؟ فيه وجهان.
- وأطلقهما في المغنى^(٣)، والشرح^(٤)، والفائق والفروع، والزرکشی.
-
- (١) ذكر الوجهين في المغنى فقال (على وجهين أحدهما لا تحتسب عليه بها لأن الكتابة اقتضت تمكينه من التصرف والكسب في هذه المدة فإذا لم يحصل له ذلك لم تحتسب عليه كما لو حسبه سيده فعلى هذا نبى على ماضى من المدة قبل الأسر وتبقى مدة الأسر كأنها لم توجد. الثاني - تحتسب عليه بها لأنها من مدة الكتابة مضت بغير تفریط من سيده فاحتسب عليه بها كما لو مرض ولأنه مدين مضت مدة من أجل دينه في حبسه فاحتسب عليه بها كسائر الغرماء وفارق ما إذا حبسه سيده) المغنى (٤٨٣/١٢).
- (٢) ذكر الوجهين في الشرح كما في المغنى النقطة السابقة الشرح (٤١٤/١٢).
- (٣) ذكر الوجهين في المغنى فقال (وهل له ذلك نفسه أو يحكم الحاكم فيه وجهان أحدهما له ذلك لأنه تعذر عليه الوصول إلى المال في وقته فأشبهه مالو كان حاضراً يحققه أنه لو كان حاضراً والمال غائباً يتعذر إحضاره وأداؤه في مدة قريته لكان لسيده الفسخ فالمال هنا إما معلوم وإما غائب يتعذر أدائه وفي كلتا الحالتين يجوز الفسخ. الثاني - ليس له ذلك إلا يحكم الحاكم لأنه مع الغيبة يحتاج إلى أن يبحث المال أم لا؟ وليس كذلك إذا كان حاضراً فإنه يطالبه فان أدى وإلا فقد عجز نفسه) المغنى (٤٨٤/١٢).
- (٤) ذكر الإطلاق في الشرح على وجهين كما في المغنى الشرح (٤١٤/١٢).

كتاب العتق ٤٤٧

قلت: الأولى أن له الفسخ بلا حكم.

وعلى كل الوجهين: متى خلص، فأقام بينة بوجود مال له وقت الفسخ يفى بما عليه، فهل يبطل الفسخ، أم لا بد - مع ذلك - من ثبوت أنه كان يمكنه أدائه؟ فيه قولان. وأطلقهما الزركشي.

قدم المصنف، والشرح، وصاحب الفائق: البطلان.

قوله: ﴿وَإِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ، أَوْ أَجْنَبِيٍّ: فَعَلَيْهِ فِدَاءُ نَفْسِهِ﴾.

أى بقيمته مقدماً على الكتابة. هذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

قال الشارح: هذا المعمول به فى المذهب.

قال المصنف: اتفق أصحابنا على ذلك. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والمحرر^(٣)، والفروع، والنظم، وغيرهم.

﴿وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: يَتَخَصَّانِ﴾.

فعلى هذا: يقسم الحاكم المال بينهما على قدر حقهما.

وعلى المذهب؛ لو أدى مبادراً، وليس محجوراً عليه: عتق. واستقر الفداء.

إن كان بعد الحجر: لم يصح. ووجب رجوعه إلى ولى الجناية.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَتْ عَلَى أَجْنَبِيٍّ، فَفَدَاؤُهُ سَيِّدُهُ، وَإِلَّا فُسِّخَتِ الْكِتَابَةُ وَبِيعَ فِي الْجَنَايَةِ قَنًا﴾.

هذا المذهب، وعليه جماهير الأصحاب. ونقله ابن منصور، وغيره.

وجزم به فى المحرر^(٤)، والوجيز، والنظم، والفائق، وغيرهم.

وقدمه فى الفروع، وغيره.

ونقل الأثر: جنايته فى رقبته. يفديه إن شاء. قال أبو بكر: وبه أقول.

(١) ذكره فى المغنى فقال: لقول النبى ﷺ (لا يجنى جان إلا على نفسه) ولأنه جناية عبد فلم يجب فى ذمة سيده كالقن ولأن أرض الجناية من العبد مقدم على سائر الحقوق المتعلقة به. المغنى (٤٢٢/١٢).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى النقطة السابقة الشرح (٤١٥/١٢).

(٣) ذكره أيضاً فى المحرر مقدماً المحرر (١٠/٢).

(٤) قطع به فى المحرر فقال (وإن كانت جناية على غيره ففداؤه على السيد وإلا يبيع فيها قنًا) المحرر (١٠/٢).

٤٤٨ كتاب العتق
فائدة: لو قتله السيد، لزمه الفداء. وكذا إن أعتقه. ويسقط - فى الأصح - إن كانت الجناية على سيده.

قاله فى الترغيب. واقتصر عليه فى الفروع.

قوله: ﴿وَالْوَاجِبُ فِي الْفِدَاءِ: أَقَلُّ الْأَمْرَيْنِ، مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ أَرْضِ جَنَائِيهِ﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الصحاب. وحزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والمحرر^(٣)، والفروع، والفائق، وغيرهم.

وقيل: يلزمه فداؤه بأرض الجناية كله كاملة. وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله.

وعنه: يلزمه فداؤه بالأرض كاملاً. إن كانت الجناية على أجنبى.

قوله: ﴿وَإِنْ لَزِمَتْهُ ذُبُونٌ تَعَلَّقَتْ بِذِمَّتِهِ: يُتَبَعُ بِهَا بَعْدَ الْعَتَقِ﴾.

ولا يملك غريمه تعجيزه. هذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

وحزم به فى الهداية، والمذهب، والخلاصة، والوجيز، وغيرهم.

وقدمه فى المستوعب، والمحرر^(٤)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم، بخلاف المأذون له.

وعنه: تتعلق برقبته. اختاره ابن أبى موسى. ذكره عنه فى المستوعب.

وعنه: تتعلق بذمته معاً. قال فى المحرر^(٥): وهو أصح عندى.

فائدتان

إحدهما: قال المصنف^(٦) - وتبعه الشارح - : إذا كان عليه ديون - مع دين الكتابة - ومعه مال يفى بذلك: فله أن يبدأ بما شاء، وإن لم يف بها مامعه - وكلها حالة، ولم يحجر الحاكم عليه - فخص بعضهم بالقضاء: صح.

(١) ذكره فى المغنى مقدماً على إحدى الروايتين. فقال (إحدهما أن يفديه بأقل الأمرين كما لو أعتقه أو قتله) المغنى (٤٢٥/١٢).

(٢) ذكره فى الشرح مقدماً كما فى المغنى النقطة السابقة الشرح (٤١٩/١٢).

(٣) وفى المحرر مقدماً أيضاً فقال (والواجب فداء الجناية بأقل من أرضها أو قيمته) المحرر (١٠/٢).

(٤) ذكره فى المحرر فقال (إذا لزمته ديون معاملة فعجز عنها تعلقت بذمته دون رقبته) المحرر (١٠/٢).

(٥) ذكره فى المحرر بنصه وقامه المحرر (١٠/٢).

(٦) ذكره المصنف فى المغنى بنصه وقامه المغنى (٤٢٧/١٢).

كتاب العتق ٤٤٩

إن كان بعضها مؤجلاً. فعجله بإذن سيده: جاز. وإلا فلا.

وإن كان التعجيل للسيد: فقبوله بمنزلة إذنه.

إن حجر عليه بسؤال الغرماء، فقال القاضى: عندى أنه يبدأ بقضاء ثمن المبيع وعوض القرض. ويسوى بينهما. ويقدمهما على أرش الجناية ومال الكتابة

وقال الشارح: وقد اتفق الأصحاب على تقديم أرش الجناية على مال الكتابة

وبنى ذلك فى الفروع وغيره من الأصحاب: على الروايتين فى أصل المسألة.

فقال - بانياً على الرواية الأولى -: تقدم ديون محجور عليه لعدم تعلقها برقبته.

فلهذا إن لم يكن بيده مال، فليس لغريمه تعجيزه. بخلاف الأرش ودين الكتابة.

وعنه: يتعلق برقبته. فتتساوى الأقدام، ويملك تعجيزه، ويشترك رب الدين والأرش بعد موته، لفوت الرقبة.

وقيل: يقدم دين المعاملة.

ثم قال: ولغير المحجور تقديم أى دين شاء.

وذكر ابن عقيل، وجماعة: أنه بعد موته: هل يقدم دين الأجنبى على السيد،

كحالة الحياة، أم يتحاصن؟ فيه روايتان.

وهل يضرب سيده بدين معاملة مع غريمه؟ فيه وجهان.

الثانية: لا يجبر المكاتب على الكسب لو فاء دينه. على الصحيح من المذهب

قال فى القاعدة الثانية والثلاثين بعد المائة: هذا المذهب المشهور. لأنه دين ضعيف.

وخرج ابن عقيل وجهاً بالوجوب كسائر الديون.

قوله: ﴿وَالْكِتَابَةُ عَقْدٌ لَازِمٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ. لَا يَدْخُلُهَا خِيَارٌ﴾.

هذا المذهب^(١). جزم به كثير من الأصحاب. منهم: صاحب الفروع، وغيره فى

باب الخيار.

وذكر القاضى: أن العبد المكاتب له الخيار على التأيد، بخلاف سيده.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: وفيه نظر.

(١) ذكره صاحب الشرح فقال (قال الشيخ رضى الله عنه وهى عقد لازم من الطرفين لايدخلها خيار ولا

يملك أحدهما فسخها لأن الخيار شرع لدفع الغبن عن المال والسيد دخل على بصيرة أن الحظ العبد

فلا معنى للخيار ولا يملك أحدهما فسخها قياساً على سائر العقود اللازمة وعنه أن العبد يملك ذلك)

الشرح (٤٢٦/١٢) الكافى (٣٣٥/٢) المحرر (٨/٢).

٤٥٠ كتاب العتق

قال ابن عقيل: لا خيار للسيد. وأما العبد فله الخيار أبداً، مع القدرة على الوفاء والعجز.

فإذا امتنع كان الخيار للسيد. هذا ظاهر كلام الخرقي.
وقال أبو بكر: إن كان قادراً على الوفاء فلا خيار له. وإن عجز عنه فله الخيار.
ذكر ذلك في النكت، في «باب الخيار» وقال ماقاله القاضي، وابن عقيل.
قاله الشيرازي، وابن البناء. ذكره الزركشي، على ما يأتي قارياً.
تنبيه: ظاهر قوله: ﴿وَيَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ إِلَى سَيِّدِهِ، أَوْ إِلَى مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ مِنَ الْوَرَثَةِ﴾.

أن الباقي من الكتابة بعد موت سيده يطالب به ويؤخذ منه. وهو صحيح. وهو المذهب. وعليه الأصحاب.
ونقل ابن هانئ: إن أدى بعض كتابته ثم مات السيد، يحسب من ثلثه ما بقي من كتابة العبد. ويعتق.
وتقدم في أول باب الولاء «إذا أدى المكاتب بعض الكتابة للورثة: هل يكون الولاء للسيد أو للورثة؟».

قوله: ﴿فَإِنْ حَلَّ نَجْمٌ فَلَمْ يُؤَدِّهِ، فَلِسَيِّدِهِ الْفَسْخُ﴾.
هذا الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.
وجزم به في الوجيز، تذكرة ابن عبدوس، والمنور، وغيرهم.
وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحرم^(١)، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم.
﴿وَعَنْهُ: لَا يُعْجَزُ حَتَّى يَحُلَّ نَجْمَانِ﴾.

وهو ظاهر كلام الخرقي. قال القاضي: وهو ظاهر كلام أصحابنا.
قال في الهداية: وهو اختيار أبي بكر، والخرقي. ونصره في المغني.
﴿وَعَنْهُ لَا يُعْجَزُ حَتَّى يَقُولَ: قَدْ عَجَزْتُ﴾.

ذكرها ابن أبي موسى. وروى عنه: أنه إن أدى أكثر مال الكتابة: لم يرد إلى الرق، وأتبع بما بقي.

(١) ذكره في المحرم مقدماً فقال: (ولا يملك واحد منهما فسخها إلا السيد إذا عجز العبد بأن يحل نجم فلا يؤديه) المحرم (٨/٢).

كتاب العتق ٤٥١

وقال فى عيون المسائل: ليس له الفسخ قبل حلول نجم ولا بعده، مع قدرة العبد على الأداء كالبيع.

وقال فى الترغيب: إن غاب العبد بلا إذن سيده: لم يفسخ، ويرفع الأمر إلى حاكم البلد الذى هو فيه، ليأمره بالأداء، أو يثبت عجزه. فحيث يملك الفسخ.

وقوله فى الرعاية أيضاً. وقال: وقيل إن لم يتفقا فسخها الحاكم.

فعلى المذهب: يلزمه إنظاره ثلاثة أيام. قاله الأصحاب. كبيع عرض. ومثله مال غائب دون مسافة قصر يرجو قدومه، ودين حال على ملىء ومودع.

قال فى الفروع: وأطلق جماعة لا يلزم السيد استيفاءه. قال: فيتوجه مثله فى غيره.

فائدة: حيث جوزنا له الفسخ، فإنه لا يحتاج إلى حكم حاكم.

قوله: ﴿وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ فُسْخُهَا﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

﴿وَعَنْهُ: لَهُ ذَلِكَ﴾.

قال فى الفروع: وحكى عن الإمام أحمد رحمه الله: للعبد فسخها.

قال الزركشى: ووقع فى المقنع، والكافى^(١): رواية بأن للعبد فسخها.

قال: والظاهر أنه وهم، والذى ينبغى حمل ذلك عليه: أن له الفسخ إذا امتنع من الأداء. وهذا كما قال ابن عقيل، والشيرازى، وابن البناء: إنها لازمة من جهة السيد، جائزة من جهة العبد.

وفسروا ذلك بأن له الامتناع من الأداء. فيملك السيد الفسخ. انتهى.

فائدة: لو اتفقا على فسخها: جاز. جزم به فى الكافى^(٢) وغيره.

قال فى الفروع: ويتوجه لا يجوز، كحق الله.

قوله: ﴿وَلَوْ زَوَّجَ ابْنَتَهُ مِنْ مَكَاتِبِهِ، ثُمَّ مَاتَ: انْفَسَخَ النِّكَاحُ﴾. يعنى: إذا كانت واردة من أبيها، وكان النكاح صحيحاً. وهذا المذهب.

(١) ذكره فعلا فى الكافى على الرواية الثانية فقال (والكتابة عقد لازم لا يملك العبد فسخها بحال وعنه أنه علله الكافى (٢/٣٣٥).

(٢) ذكره وقطع به فى الكافى فقال (جاز لأنه عقد يلحقه الفسخ بالعجز عن المال فجاز فسحه بالتراضى، كالبيع الكافى (٢/٣٣٥).

٤٥٢ كتاب العتق

جزم به فى الشرح^(١)، وغيره.

قال ابن منجا: هذا المذهب. وقدمه فى المحرر^(٢)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم. ويحتمل أن لا يفسخ حتى يعجز.

فائدة: الحكم فى سائر الورثة من النساء، إذا كانت زوجة له: كالحكم فى البنت. وكذا لو تزوج رجل مكاتبه فورثها، أو بعضها: انفسخ نكاحه.

ويأتى «إذا ملك الحر زوجته، أو بعضها» فى باب المحرمات فى النكاح.

قوله: ﴿وَيَجِبُ عَلَى سَيِّدِهِ أَنْ يُؤْتِيَ رُبْعَ مَالِ الْكِتَابَةِ. إِنْ شَاءَ وَضَعَهُ عَنْهُ، وَإِنْ شَاءَ قَبَضَهُ ثُمَّ دَفَعَهُ إِلَيْهِ﴾.

الصحيح من المذهب: وجوب إيتاء العبد ربع مال الكتابة. وعليه الأصحاب. وهو من مفردات المذهب.

وذكر فى الروضة رواية - وقدمها - أنه لا يجب، وأن الأمر فى الآية للاستحباب. وظاهر مختصر ابن رزين: أن فيه خلافاً. فإنه قال: وعنه يعتق بملك ثلاثة أرباعها، إن لزم إيتاء الربع.

قال فى الفائق قلت: وفى وجوبه نظر، للاختلاف فى مدلول الآية، وفى التقدير. انتهى.

قلت: ظاهر الآية وجوب الإيتاء، لكن ذلك غير مقدر. فأى شىء أعطاه فقد سقط الوجوب عنه وامتل وقد فسرهما ابن عباس رضى الله عنهما بذلك. هذا ما لم يصح الحديث. فإن صح الحديث فلا كلام.

فائدة: إن أعطاه السيد من جنس مال الكتابة: لزمه قبوله. على الصحيح من المذهب.

وقيل: لا يلزمه إلا إذا كان منها، لظاهر الآية.

وإن أعطاه من غير جنسها، مثل أن يكاتبه على دراهم، فيعطيه دنانير، أو عروضاً: لم يلزمه قبوله، على الصحيح من المذهب.

(١) قطع به صاحب الشرح ثم قال (لنا أن المكاتب مملوك لسيدته ولا يعتق بموته فوجب أن ينتقل إلى ورثته كسائر أملاكه ولأنهما لا يجوز إلا ابتداء نكاحه لأجل الملك فانفسخ نكاحها بتجديد ذلك فيه كالعبد الفتى) الشرح (٤٣٩/١٢).

(٢) ذكره فى المحرر مقدماً المحرر (١١/٢).

كتاب العتق ٤٥٣

وقيل: يلزمه. وهو احتمال فى المغنى^(١)، والشرح^(٢).

قلت: والنفس تميل إلى ذلك.

قوله: ﴿وَإِنْ أَدَّى ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الْمَالِ، وَعَجَزَ عَنِ الرَّبْعِ: عَتَقَ، وَلَمْ تَنْفَسَخِ الْكِتَابَةُ فِي قَوْلِ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ﴾.

واختاره أبو بكر. قال فى الكافى^(٣)، قال أصحابنا: إذا أدى ثلاثة أرباع كتابته، وعجز عن الربع: عتق.

قال فى الهداية، والمذهب، والخلاصة، وغيرهم: إذا أدى ثلاثة أرباع المال وعجز عن الربع: لم يجوز للسيد الفسخ.

وظاهر كلام الخرقى: أنه لا يعتق حتى يؤدى جميعها.

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله. وهو المذهب.

قال فى المستوعب: هى المشهورة. وحزم به فى الوجيز. وقدمه فى الكافى^(٤).

واختاره المصنف، وغيره.

قال فى المحرر^(٥): وظاهر قول أبى الخطاب: عدم العتق، ومنع السيد من الفسخ.

وقد تقدم لفظه فى الهداية وغيره.

قال فى الفروع: فإن أدى ثلاثة أرباع المال - وعنه: أو أكثر منه - وعجز عن الباقي: لم يعتق. ولسيده فسخها فى أنص الروايتين فيهما.

وقال فى الترغيب: وفى عتقه بالتقصا رويتان. ولم يذكر العجز. قال: ولو أبرأه من بعض النجوم، أو أداه إليه: لم يعتق به على الأصح.

وأنه لو كان على سيده مثل النجوم: عتق على الأصح. انتهى.

وقال فى الفائق: ولو أدى ثلاثة أرباعه وعجز عن رבעه: لم يعتق فى أحد

الوجهين. اختاره الشيخ.

(١) ذكره فى المغنى فقال (ويحتمل لزوم الجواز لأن الرق به يحصل به) المغنى (٣٥٨/١٢).

(٢) ذكر الاحتمال أيضاً فى الشرح كما فى المغنى الشرح (٤٤٢/١٢).

(٣) ذكره فى الكافى بنصه وتماه ثم قال (لأنه حق له فلا تتوقف حرته على أدائه كأرش جنانية سيده عليه وإن أبرأه سيده عتق لأنه لم يبق عليه من). الكافى (٣٤٠/٢).

(٤) ذكره فى الكافى مقدماً قال (لا يعتق حتى يبرأ من مال الكتابة بالأداء أو الإبراء لماء روى سعيد عن ابنه عن حده أن النبى ﷺ قال: المكاتب عبد ما بقى عليه من مكاتبته درهم) رواه أبو داود. الكافى (٣٤٠/٢).

(٥) ذكره صاحب المحرر بنصه وتماه. والمحرر (٩/٢).

٤٥٤ كتاب العتق

وقال أبو بكر، والقاضى: يعتق. وللسيد الفسخ. نص عليه. وقيل: لا. انتهى.
وقال فى الرعايتين: فإن أدى ثلاثة أرباعه، وعجز عن ربه: لم يعتق فى الأصح.
ولسيده الفسخ. نص عليه. وقيل: لا.
وقال فى الحاوى الصغير: فإن أدى ثلاثة أرباعه، وعجز عن ربه: لم يعتق فى الأصح. ولسيده الفسخ. نص عليه.
وقال أبو بكر: لم يجز للسيد الفسخ.
وصح فى النظم: أنه لا يعتق. ويملك الفسخ. نص عليه.
وقال أبو الخطاب: لا يملك.
قوله: ﴿وَإِنْ كَاتَبَ عَيْدًا لَهُ كِتَابَةً وَاحِدَةً بِعَوَضٍ وَاحِدٍ: صَحَّ. وَيُقَسَّطُ الْعَوَضُ بَيْنَهُمْ عَلَى قِيَمَتِهِمْ﴾ يوم العقد ﴿وَيَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُكَاتِبًا بِقَدْرِ حِصَّتِهِ، يَعْتَقُ بِأَدَائِهَا. وَيَعْجَزُ بِالْعَجْزِ عَنْهَا وَحْدَةً﴾.
وهذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.

قال فى القواعد الفقهية: واختاره القاضى، وأصحابه. وجزم به فى الوجيز وغيره.
وقدمه فى الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والمحرم^(١)، والنظم، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، والمغنى^(٢)، والشرح^(٣)، ونصراه. وقالوا: هذا أصح. قال ابن منجا فى شرحه: هذا المذهب.
قال أبو بكر: العوض بينهم على عددهم. ولا يعتق واحد منهم، حتى يؤدى جميع الكتابة. واختاره ابن أبى موسى.
قال فى القاعدة الثالثة عشر بعد المائة: ونقل منها ما يشهد لذلك. وذكر الاختلاف فى مأخذ هذا القول.

فائدة: لو شرط عليهم فى العقد ضمان كل واحد منهم عن الباقي: فسد الشرط، وصح العقد. قدمه فى المغنى^(٤)، والشرح^(٥)، والرعاية.

- (١) ذكره فى المحرم مقدما فقال (ومن كاتب عبيداً له صفقة بعوض واحد صح وقسم بينهم على قدر قيمتهم يوم العقد) المحرم (٩/٢).
- (٢) قدمه صاحب المغنى (وقال إذا كاتب عبيداً له صفقة واحدة بعوض واحد مثل أن يكاتب ثلاثة أعبد له بألف صح). المغنى (٤٧٦/١٢).
- (٣) ذكره فى الشرح كما فى المغنى الشرح (٤٤٥/١٢).
- (٤) ذكره المصنف فى المغنى مقدما فقال (والشرط فاسد والعقد صحيح لأن مال الكتابة ليس بلازم ولا ماله إلى اللزوم فلم يصح ضمانه كما لو جعل المال صفة تحرره فى العتق) المغنى (٤٧٨/١٢).
- (٥) ذكره فى الشرح كما فى المغنى الشرح (٤٤٧/١٢).

وعنه: صحة الشرط أيضاً. ذكرها أبو الخطاب.

وخرجه ابن حامد وجهاً، بناء على الرويتين في ضمان الحر لمال الكتابة، على ما تقدم في باب الضمان.

ويذكرون المسألة هنا كثيراً.

قوله: ﴿وَإِنْ اِخْتَلَفُوا بَعْدَ اَلْاَدَاءِ فِي قَدْرِ مَا اَدَّى كُلٌّ وَاَحَدٍ مِنْهُمْ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يَدَّعِي اَدَاءَ قَدْرِ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ﴾.

جزم به في الفروع. والنظم.

قال الشارح^(١): "هذا إذا أدوا وعتقوا، فقال من كثرت قيمته: أدبنا على قدر قيمتنا. وقال الآخر: أدبنا على السواء، فبقيت لنا على الأكثر قيمة بقية.

فمن جعل العوض بينهم على عددهم، قال: القول قول من يدعى التسوية.

ومن جعل على كل واحد قدر حصته: فعنده وجهان.

أحدهما: القول قول من يدعى التسوية.

والثاني: القول قول من يدعى أداء قدر الواجب عليه.

وجزم بهذا القول في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والحاوي الصغير، والنظم.

وأطلق الوجهين في الرعايتين، والفائق، وقالا وقيل: يصدق من ادعى أداء ما عليه إذا أنكر ما زاد.

قوله: ﴿وَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يُكَاتِبَ بَعْضَ عَبْدِهِ. فَإِذَا أَدَّى عَتَقَ كُلَّهُ﴾.

قاله أبو بكر. وجزم به في المغنى^(٢)، والمحزر^(٣)، والشرح^(٤)، وشرح ابن منجا، والوجيز، والفائق، والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.

فإن كان كاتب نصفه: أدى إلى سيده مثلى كتابته. لأن نصف كسبه يستحقه سيده بما فيه من الرق، إلا أن يرضى سيده بتأدية الجميع عن الكتابة. فيصح.

(١) ذكره صاحب الشرح بنصه وتماه للشرح (٤٤٨/١٢).

(٢) ذكره في المغنى فقال (وجهته إن الرجل إذا كان له نصف عبد كانت له مكاتبته وتصح منه سواء كان باقيه حراً أو مملوك لغيره وسواء أذن فيه الشريك أو لم يأذن). المغنى (٤٠٦/١٢).

(٣) ذكره أيضاً في المحزر قال (ومن كاتب بعض عبده أو شركا له في عبد بغير إذن شريكه جاز ولسيده من كسبه بقدر ما كوتب فيه) المحزر (٩/٢).

(٤) ذكره في الشرح كما في المغنى النقطة قبل السابقة الشرح (٤٥٢/١٢).

٤٥٦ كتاب العتق

قوله: ﴿وَيَجُوزُ كِتَابَةُ حِصَّتِهِ مِنَ الْعَبْدِ الْمَشْتَرَكِ بِغَيْرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ﴾.
هذا المذهب. وعليه الأصحاب. وهو من مفردات المذهب.

واختار في الرعاية: أنه لا بد من إذن الشريك إذا كان معسراً.

فائدة: قوله: ﴿فَإِذَا أَدَّى مَا كُتِبَ عَلَيْهِ وَمِثْلُهُ لِسَيِّدِهِ الْآخَرِ: عَتَقَ كُلَّهُ﴾.

هذا صحيح، لكن يكون لسيد من كسبه بقدر ما كوتب منه. على الصحيح من المذهب. جزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم. وعنه: يوماً ويوماً.

قوله: ﴿وَإِنْ أَعْتَقَ الشَّرِيكَ قَبْلَ أَذَاتِهِ: عَتَقَ عَلَيْهِ كُلُّهُ إِنْ كَانَ مُوسِراً. وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ نَصِيبِ الْمَكَاتِبِ﴾.

وهذا المذهب. نص عليه في رواية بكر ابن محمد. واختاره الخرقي. وحكاها. القاضي في الكتاب الروايتين عن أبي بكر. وجزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في المغنى^(١)، والمحرر^(٢)، والشرح^(٣)، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، والنظم.

وقال القاضي: لا يسرى إلى نصف المكاتب، إلا أن يعجز، فيقوم عليه حينئذ. ويسرى العتق. قال المصنف، والشارح: واختاره أبو بكر.

فعلى هذا: إن أدى كتابته عتق الباقي بالكتابة. وكان ولاؤه بينهما.

وعلى المذهب: يضمن للشريك نصف قيمته مكاتباً، على الصحيح من المذهب. وهو ظاهر كلام الخرقي. وقدمه في المستوعب، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق. وصححه في النظم. وجزم به في المغنى.

وعنه: يضمنه بالباقي من كتابته. قال في المستوعب، قال ابن أبي موسى: فعلى هذه يكون الولاء بينهما. لكل واحد منهما بقدر ما عتق عليه. وجزم به الزركشي.

فكان ابن أبي موسى قال: يعتق على من أدى إليه المكاتب بمقدار ما أدى إليه.

(١) ذكره المصنف في المغنى (٤٠٩/١٢)

(٢) ذكره في المحرر (٩/٢)

(٣) ذكره أيضاً في الشرح (٤٥٥/١٢).

كتاب العتق ٤٥٧

ويعتق الباقي على من أعتق. ويكون الولاء بينهما بقدر ماعتق على كل واحد منهما.

قوله: ﴿وَإِنْ كَاتَبَا عَبْدَهُمَا: جَازَ، سَوَاءٌ كَانَ عَلَى التَّسَاوَى أَوْ التَّفَاضُلِ. وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُؤَدَّى إِلَيْهِمَا إِلَّا عَلَى التَّسَاوَى. فَإِذَا كَمَّلَ أَذَاهُ إِلَى أَحَدِهِمَا قَبْلَ الْآخَرِ: عَتَقَ كُلَّهُ عَلَيْهِ. وَإِنْ أَذَى إِلَى أَحَدِهِمَا دُونَ صَاحِبِهِ: لَمْ يَعْتَقْ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِإِذْنِ الْآخَرِ فَيَعْتَقُ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَعْتَقُ﴾.

قال الشارح^(١): إذا كان العبد لاثنتين فكاتباه معاً، سواء تساويا في العوض أو اختلفا فيه، وسواء اتفق نصيباهما فيه أو اختلفا، وسواء كان في عقد واحد أو عقدين: صح.

تم قال: ولا يجوز أن يختلفا في التنجيم، ولا في أن يكون لأحدهما من النجوم - قبل النجم الأخير - أكثر من الآخر. في أحد الوجهين. لأنه لا يجوز أن يؤدي إليهما إلا على السواء. ولا يجوز تقديم أحدهما بالأداء على الآخر. واختلافهما في ميقات النجوم وقدر المؤدى: يفضى إلى ذلك.

والثاني: يجوز، لأنه يمكن أن يعجل لمن تأخر نجمه قبل محله، ويعطى من قل نجمه أكثر من الواجب له. ويمكن أن يأذن له أحدهما في الدفع إلى الآخر قبله، أو أكثر منه. ثم قال: وليس للمكاتب أن يؤدي إلى أحدهما أكثر من الآخر. ذكره القاضي. قال المصنف: لأعلم فيه خلافاً.

فإن قبض أحدهما دون الآخر شيئاً: لم يصح القبض، وللآخر: أن يأخذ منه حصته إذا لم يأذن له. فإن أذن ففيه وجهان. ذكرهما أبو بكر أحدهما: يصح. وهو أصح، إن شاء الله تعالى.

والثاني: لا يصح. اختاره أبو بكر. انتهى كلام الشارح.

وقال في المحرر^(٢): وإن كاتب اثنان عبدهما على التساوى، أو التفاضل: جاز، ولم يؤدي إليهما إلا على قدر ملكيهما. فإن خص أحدهما بالأداء لم يعتق نصيبه. إلا أن يكون بأذن الآخر. فإنه على وجهين. انتهى.

(١) ذكره الشارح في الشرح بنصه وتمامه الشرح (٤٥٧/١٢).

(٢) ذكره فعلاً في المحرر بنصه وتمامه. المحرر (٩/٢).

٤٥٨ كتاب العتق

فقول المصنف «فإذا كمل أداءه إلى أحدهما قبل الآخر: عتق كله عليه».

يعنى إذا كاتباه منفردين وكان موسراً.

وقوله «وإن أدى إلى أحدهما دون صاحبه - إلى آخره» محمول على ما إذا كاتباه كتابة واحدة، بأن يوكل من يكاتبه، أو يوكل أحدهما الآخر. فيكاتبه صفقة واحدة. فكلام المصنف فيه إيهام.

وتحرير المسألة: ما قاله فى الهداية، والمذهب والمستوعب، والخلاصة، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق، وغيرهم: أنهما إذا كاتباه منفردين، فأدى إلى أحدهما ما كاتبه عليه، أو أبرأه من حصته: عتق نصيبه خاصة، إن كان معسراً. وإن كان موسراً: عتق عليه جميعه. ويكون ولاؤه له. ويضمن حصة شريكه.

وإن كاتباه كتابة واحدة. فأدى إلى أحدهما مقدار حقه بغير إذن شريكه: لم يعتق منه شيء. فإن أدى بأذن شريكه: فهل يعتق نصيب المؤدى إليه؟ على وجهين. ويحمل كلام المصنف الأخير هنا على ذلك.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب والمستوعب، والمغنى^(١)، والشرح^(٢)، والمحرر^(٣)، والرعايتين، والحاوى الصغير.

فقدم المصنف هنا: أنه يعتق نصيب المؤدى إليه. وهو المذهب. وقدمه فى الخلاصة، والفروع، والفائق، وغيرهم. وصححه المصنف، والشارح، والناظم. قال ابن منجا: هذا المذهب.

ويحتمل أن يعتق ولو أذن له الآخر. وهو الوجه الثانى. واختاره أبو بكر.

فعلى المذهب: إذا أدى ماعليه من مال الكتابة بإذن الآخر: عتق نصيبه.

ويسرى إلى باقيه إن كان موسراً. وعليه قيمة حصة شريكه. وهذا قول الخرقي، وغيره ويضمنه فى الحال بنصف قيمته مكاتباً مبقى على مابقى من كتابته. وولاؤه كله له.

(١) ذكر الإطلاق فى المغنى على وجهين (ذكرهما أبو بكر أحدهما يصح لأن المنع لحقه فجاز بإذنه كما لو أذن المرتهن للراهن فى التصرف فيه أو أذن المشتري للبائع فى قبض المبيع قبل أن يرضيه عنه. الثانى لا يجوز لأن ما فى يد المكاتب ملك له فلا ينفذ إذن غيره فيه) المغنى (١٢/٤١١).

(٢) ذكر الإطلاق فى الشرح على وجهين كما فى المغنى الشرح (١٢/٤٥٩).

(٣) ذكر الإطلاق أيضاً فى المحرر على وجهين. المحرر (٢/٩).

كتاب العتق ٤٥٩

وقال أبو بكر، والقاضي: لا يسرى العتق في الحال، وإنما يسرى عند عجزه.
فعلى قولهما: يكون باقياً على الكتابة. فإن أدى إلى الآخر: عتق عليهما، وولاؤه
لهما. وما يبقى في يده من كسبه فهو له. وإن عجز وفسخت كتابته: قوم على الذى
أدى إليه. وكان ولاؤه كله له.

فائدتان

إحدهما: قال القاضي: ويطرد قول أبى بكر فى دين بين اثنين أذن أحدهما
للآخر فى قبض نصيبه: لا يقبض إلا بقسط حقه منه.

وقال أبو الخطاب: لا يرجع الشريك فى الأصح، كمسألتنا.
الثانية: لو كاتب ثلاثة عبداً، فادعى الأداء إليهم. فأنكره أحدهم: شاركهما فيما
أقرا بقبضه. قاله الأصحاب: الخرقى، فمن بعده. ونص الإمام أحمد رحمه الله: تقبل
شهادتهما عليه. وقطع به الخرقى، وغيره. وهو المذهب.

وقال فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والمحزر^(٣)، وغيرهم: قياس المذهب لا تقبل
شهادتهما عليه. واختاره ابن أبى موسى، وصاحب الروضة. قلت: وهو الصواب.

قوله: ﴿وَإِنْ اٰخْتَلَفَا فِي الْكِتَابَةِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يُنْكِرُهَا﴾ بلا نزاع.

وقوله: ﴿وَإِنْ اٰخْتَلَفَا فِي قَدْرِ عَوْضِهَا. فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ﴾.

فى إحدى الروايتين. وهو المذهب.

قال القاضي: هذا المذهب. نص عليه فى رواية الكوسج.

وجزم به الخرقى، وصاحب العمدة^(٤)، والوجيز، والمنور، وغيرهم.

وقدمه فى المغنى^(٥)، والمحزر^(٦)، والشرح^(٧)، والمستوعب، والرايعتين، والحاوى
الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم.

(١) ذكره المصنف فى المغنى فقال (وقياس المذهب أن لا تقبل شهادتها على شريكهما بالقبض لأنها يدفعان
بها عن أنفسهما مغرماً ومن شهد شهادة جر إلى نفسه نفعا بطلت شهادته فى الكل وإنما يقبل ذلك
فى الإقرار لأن العداله معتبرة فيه والتهمة لا تمنع من صحته) المغنى (٤٥٩/١٢).

(٢) كذلك قال صاحب الشرح كما فى المغنى. الشرح (٤٦٨/١٢).

(٣) قطع به فى المحزر فقال (وقياس المذهب رد شهادتها) المحزر (١٠/٢).

(٤) قطع به المصنف فى العمدة. العمدة (٣٥٦).

(٥) وذكره فى المغنى مقدماً فقال (القول قول السيد كما لو اختلفا فى أصلها) المغنى (٤٦٤/١٢).

(٦) ذكر فى المحزر مقدماً فقال: (وإن اختلف السيد والمكاتب فى قدر مال الكتابة فالقول قول السيد مع

بمينه). المحزر (١٠/٢).

(٧) ذكره أيضاً فى الشرح على قول شيخه ثم قال (لأن الأصل معه) أى السيد. الشرح (٤٧٣/١٢).

٤٦٠ كتاب العتق

وصححه فى النظم وغيره. وهو من مفردات المذهب.
وعنه: القول قول المكاتب. اختارها جماعة. منهم: الشريف أبو جعفر،
وأبو الخطاب - فى خلافهما - والشيرازى. وصححها ابن عقيل فى التذكرة.
وعنه: يتحالفان. اختارها أبو بكر. وقال: اتفق الشافعى وأحمد رحمهما الله على
أنهما يتحالفان ويتزادان. أطلقهن فى الفائق، والزر كشى.
فعلى رواية التحالف: إن تحالفا قبل العتق فسخ العقد، إلا أن يرضى أحدهما بما
قال صاحبه. وإن تحالفا قبل العتق: رجع السيد بقيمته. ورجع العبد بما آذاه.
قوله: ﴿وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي وُقَاةٍ مَّا لَهُمَا. فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ﴾ بلا نزاع
قوله: ﴿فَإِنْ أَقَامَ الْعَبْدُ شَاهِدًا، وَحَلَفَ مَعَهُ أَوْ شَاهِدًا وَآمَرَ ابْنَيْنِ: ثَبَتَ الْأَدَاءُ،
وَعَتَقَ﴾.

هذا المذهب مطلقاً. وعليه الأصحاب. بناء على أن المال، وما يقصد به المال:
يقبل فيه شاهد ويمين. على ما يأتى. والخلاف بينهما هنا فى أداء المال.
وجزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى^(١)، والوجيز،
 وغيرهم. وقدمه فى الفروع، وغيره.
وقيل: لا يقبل فى النجم الأخير إلا رجلان. لترتيب العتق على شهادتهما.
وبناء على أن العتق لا يقبل فيه إلا رجلان. ذكره فى الترغيب وغيره.
قوله: ﴿وَالْكَتَابَةُ الْفَاسِدَةُ، مِثْلُ أَنْ يُكَاتِبَهُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ: يَغْلِبُ فِيهَا
حُكْمُ الصِّفَةِ﴾.

وكذا لو كان العوض مجهولاً، أو شرط فيها ما ينافيها - وقلنا: تفسد بفساد
الشرط فى وجه. على ما تقدم - يغلب حكم الصفة فى كل ذلك، فى أنه إذا أدى:
عتق. ولكل واحد منهما الفسخ. فهى جائزة من الطرفين.
وهذا المذهب فى ذلك كله. وعليه أكثر الأصحاب. منهم: القاضى، وأصحابه.
قاله فى القواعد الأصولية.

(١) قطع به فى المحرر فقال (وإذا فسدت الكتابة لذلك أو لجهل العوض أو تحريمه فهى جائزة من الطرفين)
المحرر (٨/٢).

كتاب العتق ٤٦١

وقدمه في المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والفروع، والفائق. وصححه في النظم وغيره.
وحزم به في المحرر^(٣)، والوجيز، والهداية، والمذهب، والخلاصة، والرعاية،
والحاوي، وغيرهم.

وعنه: بطلان الكتابة مع تحريم العوض. اختاره أبو بكر، وابن عقيل.
قال في القاعدة السابعة والأربعين: وهو الأظهر.

قال في القواعد الأصولية: المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله: أن العقد يبطل
من أصله. وأول القاضي في الخلاف الكبير: المذهب في الكتابة على عوض مجهول:
المعاوضة. بدليل أنه يعتق بالأداء إلى الوارث.

فائدتان

إحدهما: قال في القواعد الأصولية: قول الأكثرين «إن الكتابة إذا لم تكن
منجمة باطلة من أصلها» مع قولهم في الكتابة على عوض مجهول «يَغْلَبُ فِيهَا حُكْمُ
الصِّفَةِ» مشكل جداً. وكان الأولى - إذا كان العوض معلوماً - أن يغلب فيها
حكم الصفة أيضاً.

الثانية: قال المصنف - وتبعه الشارح وغيره -: إذا كانت الكتابة الفاسدة بعوض
محرم، فإنها تساوى الصحيحة في أربعة أحكام.
أحدهما: أنه يعتق بأداء ما كوتب عليه مطلقاً.

الثاني: إذا اعتقه بالأداء، لم يلزمه قيمة، ولم يرجع على سيده.

الثالث: يملك المكاتب التصرف في كسبه. وله أخذ الصدقات والزكوات.

الرابع: إذا كاتب جماعة كتابة فاسدة. فأدى أحدهم حصته: عتق على قول من
قال: إنه يعتق في الكتابة الصحيحة بأداء حصته، ومن لا فلاهنا، وتفارق
الصحيحة في ثلاثة أحكام.

أحدها: إذا أبرأه لم يصح ولم يعتق. على الصحيح من المذهب. واختار في
الانتصار: إن أتى بالتعليق لم يعتق بالإبراء. وإلا عتق.

(١) ذكره في المغنى مقدماً فقال (فأما إن شرط في الكتابة شرطاً فاسداً فالمنصوص أنه لا يفسدها لكن يلغو
الشرط وتبقى الكتابة صحيحة) المغنى (٤٨٥/١٢).
(٢) قدمه في الشرح كما في المغنى الشرح (٤٧٩/١٢).
(٣) قطع به في المحرر فقال: (وإذا فسدت الكتابة لذلك أو لجهل العوض أو تحريمه فهي جائزة من الطرفين.
المحرر (٨/٢).

٤٦٢ كتاب العتق

الثاني: لكل واحد منهما فسحها.

الثالث: لا يلزم السيد أن يؤدي إليه شيئاً من الكتابة. على الصحيح من المذهب. جزم به في المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والوجيز. والوجه الثاني: يلزمه. وأطلقهما في المحرر^(٣)، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، والفائق.

قوله: ﴿وَتَنْفَسُخُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ وَجُنُونِهِ وَالْحَجَرِ لِلْسَّفَةِ﴾.

وهو المذهب. جزم به في الوجيز، وغيره.

وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والكافي^(٤)، والخلاصة.

قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب. وقاله القاضي وأصحابه في الانفساخ بالموت.

وقال أبو بكر: لا تنفخ بالموت، ولا بالجنون، ولا بالحجر. ويعتق بالأداء إلى الوارث.

قال المصنف «والأولى: أنها لا تبطل بالحجر والجنون» وأطلقهما في المحرر^(٥)، والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، والفائق.

قوله: ﴿وَإِنْ فَضَلَ عَنِ الْأَدَاءِ فَضْلٌ: فَهُوَ لِسَيِّدِهِ﴾.

يعنى: في الكتابة الفاسدة. وهو المذهب. اختاره المصنف، والشارح، وابن عبدوس في تذكرته، وأبو الخطاب.

(١) قطع في المغنى وهو يعرض أوجه التشابه والاختلاف بين الكتابة الصحيحة والكتابة الفاسدة. فقال والثالث أنه لا يلزم السيد أن يؤدي إليه شيئاً من الكتابة لأن العتق ههنا بالصفة المجردة. المغنى (٤٨٧/١٢)

(٢) قطع به أيضاً في التشرح كما في المغنى الشرح (٤٨٢/١٢)

(٣) ذكر الإطلاق في المحرر (٩/٢)

(٤) ذكره في الكافي مقدماً فقال (وتنفسخ بموت السيد وجنونه والحجر عليه لسفه لأنه عقد غير لازم فأشبه الوكالة) الكافي (٣٤٤/٢)

(٥) لم يطلق في المحرر بل قطع بأنها لا تنفسخ بموت السيد ولا جنونه (المحرر (٨/٢)). ثم قال بعد ذلك بالإطلاق على وجهين (المحرر (٨/٢)).

كتاب العتق ٤٦٣

وجزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والرعايتين، والحاوى الصغير، والنظم، والوجيز، وقدمه فى الشرح^(١).
وقال القاضى: مافى يد المكاتب، وما يكسبه، وما يفضل فى يده بعد الأداء: فهو له.

وأطلقهما فى المحرر^(٢)، والفروع، والفائق.
وأطلق فى الرعايتين، والحاوى الصغير، والنظم، والفائق: الوجهين فيما يكسبه.
وكلامه فى الرعايتين، والحاوى كالمتناقض. فإنهما جزما بأن لسيده أخذ مامعه قبل الأداء وما فضل بعده. وقال قبل ذلك: وفى تبعية الكسب وجهان.
قوله: ﴿وَهَلْ يَتَّبِعُ الْمَكَاتِبَ وَلَدُهَا فِيهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحرر^(٣)، والنظم، والرعايتين، والحاوى الصغير. والفروع، والفاق، وشرح ابن منجا.
أحدهما: لا يتبعها. قال المصنف فى المغنى^(٤)، والشارح: هذا أقيس وأصح وكذا قال ابن رزین فى شرحه.

الثانى: يتبعها. قدمه فى الكافى^(٥).
وصححه فى التصحيح. وجزم به فى الوجيز.
قال فى القاعدة الحادية والعشرين: إن قلنا هو جزء منها: تبعها، وإن قلنا هو كسب: ففيه وجهان. بناء على سلامة الأكساب فى الكتابة الفاسدة.
فائدة: هل تصير أم ولد إذا أولدها فيها أم لا؟ على وجهين.
وأطلقهما فى الرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، والنظم.
وفى الصفحة هنا وجه، ذكره القاضى، وإن منعناها فى غيره.

* * *

(١) قدمه فى الشرح فقال (وأن فضل من الأداء أفضل فهو لسيده لأن كسب العبد لسيده بحكم الأصل والعقد ههنا فاسد لم يثبت الحكم فى وجوب العوض فى ذمته فلم ينتقل الملك المعوض كسائر العقود الفاسدة الشرح (٤٨٤/١٢)).

(٢) ذكر الإطلاق فى المحرر فقال (على وجهين) المحرر (١١/٢).

(٣) ذكر الإطلاق فى المحرر المحرر (٨/٢).

(٤) ذكره المصنف فى المغنى (٥٠٧/١٢).

(٥) ذكره المصنف فى الكافى مقدماً فقال (فيتبع الجارية ولدها لأنها أجريت بحرى الصحيحة فى العتق فيجرى مجراها) الكافى (٣٤٤/٢).

باب أحكام أمهات الأولاد

تنبيه: عموم قوله: ﴿وَإِذَا عَلِقَتِ الْأُمَّةُ مِنْ سَيِّدَهَا﴾.

يشمل: سواء كانت فراشاً، أو مزوجة. وهو صحيح. وهو المذهب. جزم به فى المغنى^(١)، والشرح^(٢). وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب. وقدمه فى الفروع. ونقل حرب، وابن أبى حرب - فيمن أولد أمته المزوجة -: أنه لا يلحقه الولد. فائدة: فى إتم واطئ أمته المزوجة جهلاً: وجهان. وأطلقهما فى الفروع. قلت: الصواب عدم الإثم. وتأنيمه ضعيف.

قوله: ﴿فَوَضَعَتْ مِنْهُ مَا تَبَيَّنَ فِيهِ بَعْضُ خَلْقِ الْإِنْسَانِ: صَارَتْ بِذَلِكَ أُمًّ وَلَدٍ﴾.

هذا المذهب. نص عليه. وعليه أكثر الأصحاب.

وجزم به فى الهداية، والمبهبج، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحزر^(٣)، والنظم، والفائق، والمنور، وغيرهم. وقدمه فى الفروع. وعنه: لا بد أن يكون له أربعة أشهر. واحتج بمحدث ابن مسعود رضى الله عنه «فى عشرين ومائة يوم ينفخ فيه الروح» وتنقضى به العدة. وتعتق الأمة إذا دخل فى الخلق الرابع.

وقدم فى الإيضاح: ستة أشهر.

ونقل الميمونى: إن لم تضع، وتبين حملها فى بطنها: عتقت، وأنه يمتنع من نقل المالك لما فى بطنها حتى يعلم.

قوله: ﴿فَإِذَا مَاتَ: عَتَقَتْ، وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ غَيْرَهَا﴾ هذا بلا نزاع.

ومحل هذا: إذا لم يجز بيعها على المذهب. أما إن جاز بيعها: فقطع المصنف وغيره بأنها لاتعتق بموته.

قال الزركشى: وظاهر إطلاق غيره: يقتضى العتق. ولهذا قدمه ابن حمدان فقال

(١) ذكره المصنف فى المغنى فقال (أم الولد هى التى ولدت من سيدها فى ملكه ولاخلاف فى إباحة السرى ووطء الإمام وقد كانت مارية القبطية أم ولد النبى ﷺ وهى أم ابراهيم ابن النبى صلى الله عليه وسلم) المغنى (٤٨٨/١٢).

(٢) قطع به فى الشرح كما فى المغنى الشرح (٤٨٨/١٢).

(٣) قطع به فى المحرر فقال (إذا علقت من الحر أمة ثم ولدت أو وضعت ما يتبين به بعض خلق الإنسان فهى له أم ولد تعتق بموته) المحرر (١١/٢).

كتاب العتق ٤٦٥

وقيل: إن جاز بيعها لم تعتق عليه بموته. ويأتى بعض ذلك عند ذكر الخلاف فى جواز بيعها.

قوله: ﴿وَإِنْ وَضَعْتَ جِسْمًا لَا تَخْطِيطَ فِيهِ، مِثْلَ الْمُضْغَةِ: فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمغنى^(١)، والمحزر^(٢)، والشرح^(٣)، والفائق، والحاوى الصغير.

إحدهما: لا تصير بذلك أم ولد. وهو المذهب. وهو ظاهر كلام الخرقي. وصححه فى النظم. وهو ظاهر ما قدمه فى الرعاية الكبرى. وقدمه فى الفروع.

والرواية الثانية: تصير به أم ولد. صححه فى التصحيح. وقدمه فى الرعاية الصغيرى، والخلاصة. وقال: لا تنقضى به العدة. وجزم به فى الوجيز.

قال فى المذهب: فإن وضعت جسماً لا تخطيط فيه، فقال الثقات من القوابل: هو مبدأ خلق الإنسان، ففيه ثلاث روايات.

إحدها: لا تصير أم ولد. والثانية: تصير. والثالثة: تصير أم ولد، إلا فى العدة. فإنها لا تنقضى بذلك.

وقال فى الرعاية الكبرى، وقيل: إن وضعت قطعة لحم لم يبن فيها خلق آدمى: فتلا ثلاث روايات.

الثالثة: تعتق، ولا تنقضى به العدة انتهى. وقيل: ما تجب فيه عدة تصير به أم ولد، وإن كان علقه.

وقيل: تصير أم ولد بما لا ينقضى به العدة. انتهى.

وقيل: لا تصير أم ولد بما لا تنقضى به عدتها. ذكره أيضاً.

قال المصنف، والشارح: إذا وضعت مضغة لم يظهر فيها شيء من خلق آدمى، فشهدت ثقات من القوابل أن فيها صورة خفيفة: تعلق بها الأحكام.

وجزم به الزركشى. وإن لم يشهد بذلك، لكن علم أنه مبدأ خلق آدمى بشهادتهم أو غيرها: ففيه روايتان.

(١) ذكر فيه الإطلاق صاحب المغنى فقال (فيه روايتان أحدهما لا تصير به الأمة أم ولد ولا تنقضى به عا الحرة ولا يجب على الضارب المتلف له العدة إلا الكفارة. الثانية - تتعلق به الأحكام الأربعة لأنه مبة خلق آدمى أشبه إذا تبين) المغنى (٥٠٤/١٢).

(٢) قال بالإطلاق صاحب المحرر فقال وإن كان مضغة لا تخطيط فيها فعلى روايتين (المحرر (١١/٢).

(٣) ذكر الإطلاق فى الشرح كما فى المغنى الشرح (٤٩٢/١٢).

٤٦٦ كتاب العتق

فهذه الصورة محل الروايتين. وكذا قيد ابن منجا كلام المصنف بذلك.
تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أنها لاتصير أم ولد بوضع علقه. وهو صحيح. وهو
المذهب. وعليه الأصحاب.

وعنه: تصير أم ولد بوضعها أيضاً. ونص عليه في رواية مهنا، ويوسف بن موسى.
وقدم الأول في الرعاية الكبرى. وتقدم كلامه في العلقه.
قوله: ﴿وَإِنْ أَصَابَهَا فِي مَلِكٍ غَيْرِهِ بِنِكَاحٍ أَوْ غَيْرِهِ، ثُمَّ مَلَكَهَا حَامِلًا: عَتَقَ
الْجَنِينَ. وَلَمْ تَصِرْ أُمٌّ وَلَدٍ﴾.

هذا المذهب. قال المصنف، والشارح: هذا ظاهر المذهب.
قال في الفائق: هذا المذهب. روراه إسحاق بن منصور عن الإمام أحمد رحمه الله.
وكلام الخرقي: يقتضى ذلك.

وجزم به القاضى فى الجامع الصغير، والشرىف، وأبو الخطاب - فى خلافيهما -
وابن عقيل فى التذكرة، والشرىزى فى المبهم، وصاحب الوجيز، وغيرهم.
واختاره المصنف، وغيره. وقدمه فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة،
والحرر^(١)، والنظم، والفروع، والفائق.
وصححه فى الرايتين، والحاوى الصغير.

وعنه: تصير أم ولد، ولو كان قد ملكها بعد وضعها منه. نقلها ابن أبى موسى.
قال المصنف: ولم أجد هذه الرواية عن الإمام أحمد رحمه الله.
إنما نقل مهنا عنه الوقف.

وعنه: تصير أم ولد إذا ملكها حاملا، بشرط أن يطأها فيه. واختارها أبو الخطاب.
وقال القاضى: إن ملكها حاملا، ولم يطأها حتى وضعت: لم تصر أم ولد.
وإن وطئها حال حملها. فإن كان بعد أن كمل الولد، وصار له خمسة أشهر: لم
تصر بذلك أم ولد أيضاً.

إن وطئها قبل ذلك: صارت أم ولد. وجزم به فى الفصول.
وقال ابن حامد: تصير أم ولد إذا ملكها حاملا، بشرط أن يطأها فى ابتداء الحمل
أو بوسطه.

(١) ذكره فى الحرر فقال: (ولو أجبل أمة غيره بنكاح أو غيره ثم ملكها لم تصر أم ولده بحال) الحرر
(١١/٢).

كتاب العتق ٤٦٧

وقيل: إنه روى عن الإمام أحمد رحمه الله. وهو قريب من قول القاضي.
فعلى الرواية الأولى والثانية: لو أقر بولد من أمته أنه ولده، ثم مات ولم ين - هل
استولده في ملكه أو قبله، وأمكنا - ففي كونها أم ولد وجهان. وأطلقهما في
المحرر^(١)، والفروع، والفائق، والنظم هنا.
وأطلقهما في المغنى^(٢)، والشرح^(٣)، وشرح ابن منجا في آخر كتاب الإقرار.
وهما احتمالان في الهداية، والمذهب.
أحدهما: تكون أم ولد. وقدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير. وصححه أيضاً في
الرعاية - في آخر الباب - وإدراك الغاية.
والثاني: لا تكون أم ولد. صححه في التصحيح، والنظم. وحزم به في الوجيز، في
آخر كتاب الإقرار.

فعلى هذا: يكون له عليه الولاء. وفيه نظر. قاله في المغنى.
وتأتى المسألة في كلام المصنف في آخر كتاب الإقرار.
فائدة حسنة: لو قال لجاريته «يدك أم ولدي» أو قال لولدها «يدك ابني» صح.
ذكره في الانتصار في طلاق جزء. واقتصر عليه في الفروع.
تنبيه: ظاهر قوله: «أَوْ غَيْرِهِ».
أن الخلاف شامل لما لو وطئها بزناً ثم ملكها.
وقد صرح به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافي^(٤)،
والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.
وقال الشريف، وأبو الخطاب، والمصنف، والشارح: إذا أصابها بذلك فإنها لاتصير
أم ولد بذلك قولاً واحداً.
فائدة: نص الإمام أحمد رحمه الله - فيمن اشترى جارية حاملاً من غيره فوطئها -
أن الولد لايلحق بالواطيء. ولكن يعتق عليه. لأن الماء يزيد في الولد.

(١) ذكر الإطلاق في المحرر فقال (ولم يتبين هل استولده في ملكه أو قبله وأمكنا ففي كونها أم ولد وجهان) المحرر (١١/٢).

(٢) ذكر الإطلاق في المغنى فقال (وان لم يتبين السبب فالأمة مملوكة لأن الأصل الرق ولم يثبت السبب الحرية ويحتمل أن تصير أم ولد لأن الظاهر استلادها في ملكه من قبل أنها مملوكة والولادة موجودة ولا ولاء على الولد لأن الأصل عدمه فلا يثبت إلا بدليل المغنى (٣٤٧/٥) الشرح (٢٨٧/٥)

(٣) ذكر الوجهين في الشرح كما في المغنى. الشرح (٢٨٧/٥).

(٤) ذكره في الكافي الكافي (٣٤٩/٢).

٤٦٨ كتاب العتق

وحزم به فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، والفائق، والروضة، وغيرهم. ونقله الأثرم، ومحمد بن حبيب. ونقل صالح وغيره: يلزمه عتقه. فيعابى بها.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: يستحب ذلك. وفى خلاف فى مذهب الإمام أحمد رحمه الله وغيره.

وقال أيضاً: يعتق ويحكم بإسلامه، وأنه يسرى كالعتق. ولا يثبت نسبه.

تنبیه: تقدم فى آخر باب قسمة الغنائم «إذا وطئ جارية من المغنم، ممن له فيها حق، أو لولده. فأولدها» ماحكمه؟

وتقدم فى باب الوقوف «إذا وطئ الجارية الموقوفة عليه فأحبلها» وحكمها.

وتقدم فى باب الهبة «إذا أحبل جارية ولده» فى فصل «وللأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء».

قوله: ﴿وَأَحْكَامُ أُمِّ الْوَلَدِ: أَحْكَامُ الْأُمَّةِ فِي الْإِجَارَةِ وَالْإِسْتِخْدَامِ وَالْوَطْءِ وَسَائِرِ أُمُورِهَا، إِلَّا فِيمَا يَنْقُلُ الْمَلِكُ فِي رَقَبَتِهَا. كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ وَالْوَقْفِ، أَوْ مَا تَرَادُّ لَهُ، كَالرَّهْنِ﴾.

الصحيح من المذهب: أنه لا يجوز ولا يصح بيع أم الولد. وعليه جماهير الأصحاب. ونص عليه. وقطع به كثير منهم. وحكى جماعة الإجماع على ذلك. وعنه: ما يدل على جواز بيعها مع الكراهة. ولا عمل عليه.

قلت، قال فى الفنون: يجوز بيعها. لأنه قول على بن أبى طالب وغيره من الصحابة رضى الله عنهم. وإجماع التابعين لا يرفعه. واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله.

قال فى الفائق: وهو الأظهر.

قال: فتعتق بوفاة سيدها من نصيب ولدها إن كان لها ولد، أو بعضها مع عدم سعتة. ولو لم يكن لها ولد فكسائر رقيقه. وكذا قال فى المغنى^(٣)، والشرح^(٤)، وشرح ابن رزين، والفائق.

(١) قاله فى المغنى مذكر (أن لا يلحق بالمشرى ولا يبعه ولكن يعتقه لأنه قد شرك فيه لأن الماء يزيد فى الولد). المغنى (٤٩٨/١٢).

(٢) ذكره وقطع به فى الشرح كما فى المغنى الشرح (٤٦٩/١٢).

(٣) ذكره المصنف فى المغنى بنصه وتماه. المغنى (٤٩٥/١٢).

(٤) ذكره أيضاً فى الشرح بنصه وتماه. الشرح (٥٠٥/١٢).

كتاب العتق ٤٦٩

قال فى الفروع - بعد ذكر الرواية - فقل: لا تعتق بموته.

ونفى هذه الرواية فى الحاوى الصغير، ولم يثبتها وتأولها.

وحكى بعضهم هذا القول لإجماع الصحابة.

وتقدم فى أواخر التدبير: أنه لا يصح تدبيرها، على الصحيح من المذهب.

وتقدم فى أوائل كتاب الوقف: هل يصح وقف أم الولد أم لا؟.

وتقدم أيضاً فى أواخر باب الهبة: هل يصح هبة أم الولد أم لا؟ فليراجعها.

فائدة: هل لهذا الخلاف شبهة؟ فيه نزاع. والأقوى فيه شبهة.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله. وأنه ينبى عليه: لو وطئ معتقداً تحريره، هل يلحقه نسبه، أو يرجم المحصن؟ أما التعزير: فواجب. انتهى. وتابعه فى الفروع.

قوله: ﴿ثُمَّ إِنْ وَلَدَتْ مِنْ غَيْرِ سَيِّدَهَا: فَلَوْلَدِهَا حُكْمُهَا فِي الْعَتَقِ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا، سَوَاءٌ عَتَقَتْ أَوْ مَاتَتْ قَبْلَهُ﴾.

يعنى: إذا ولدت من زوج أو غيره، بعد أن صارت أم ولد من سيدها.

وسواء عتقت أمه قبل موت السيد، أو ماتت فى حياة السيد. فإن حكم الولد:

حكمها، إن مات سيدها عتق معها. ويجوز فيه من التصرفات ما يجوز فيها.

ويعتنع فيه ما يعتنع فيها.

وكذا ولد المدبرة لا يطل الحكم فيه بموت أمه. جزم به فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)،

وغيرهما.

وقال فى الإنصار: هل يطل عتق المدبر وأم الولد بموتهما قبل السيد أم لا؟

لأنه لا مال لهما.

اختلف كلامه فيه. ويظهر الحكم فى ولدهما.

وقال فى القاعدة الثانية والثلاثين: على القول بأن ولد المدبرة يتبعها: قال

الأكثر: يكون مدبراً بنفسه، لا بطريق التبعية. وقد نص على أن الأم لو عتقت فى

حياة السيد: لم يعتق الولد حتى تموت.

(١) قطع به المصنف فى المغنى فقال (وكذلك ولد المدبرة لا يطل الحكم فيه بموت أمه) المغنى (٥٠٧/١٢)

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٥٠٦/١٢).

- ٤٧٠ كتاب العتق
- فعلى هذا: لورجع فى تدبير الأم - وقلنا له ذلك -: بقى الولد مدبرا. وهذا قول القاضى، وابن عقيل.
- وقال أبوبكر: هو تابع محض. إن عتقت عتق. وإن رقت رق. وهو ظاهر كلام ابن أبى موسى. انتهى.
- وتقدم ذلك فى باب المدبر عند قوله «وما ولدت المدبرة، بعد تدبيرها: فهو بمنزلتها».
- أما ولد المكاتبه إذا ماتت: فإنه يعود رقيقا.
- تنبيه: ظاهر قوله: ﴿ثُمَّ إِنْ وَلَدَتْ﴾.
- أن الولد لو كان موجوداً قبل إيلادها من سيدها: لا يعتق بموت السيد.
- وهو صحيح. وهو المذهب.
- قال فى الفروع: لا يعتق على الأصح، وقدمه فى المغنى^(١)، والشرح^(٢)، وغيرهما.
- وعنه: يعتق. خرجها المصنف والشارح من ولد المدبرة الذى كان قبل التدبير، على ماتقدم فى بابه.
- قوله: ﴿وَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهَا وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ، فَهَلْ تَسْتَحِقُّ النِّفْقَةَ لِمَدَّةِ حَمْلِهَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ﴾.
- وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمغنى^(٣)، والشرح^(٤)، وشرح ابن منجا، والفائق، وغيرهم.
- إحداهما: تستحق النفقة. صححه فى التصحيح.
- قال فى الرعايتين، والحاوى الصغير: لها النفقة على أصح الروايتين. وجزم به فى الوجيز.
-
- (١) ذكره فى المغنى مقدماً فقال (فأما ولد أم الولد قبل استيلادها وولد المدبرة قبل تدبيرها والمكاتبه قبل كتابتها فلا يتبعها لوجوده قبل انعقاد السيد فيها وزوال حكم التبعية عنه قبل تحقيق السبب فى أمه ولهذا لا يتبعها فى العتق المنجز) المغنى (٥٠٨/١٢)
- (٢) ذكره فى الترح كما فى المغنى الشرح (٥٠٧/١٢)
- (٣) ذكر الروايتين فى المغنى كما فى الشرح النقطة القادمة المغنى (٢٩٢/٩)
- (٤) ذكر الروايتين فى الشرح فقال (ومبنى الخلاف فى نفقة الحامل هل هى للحمل أو للحامل فإن قلنا هى للحمل فلا نفقة لها ولا للأمة الحامل لأن الحامل له نصيب فى الميراث فتجب نفقة فى نصيبه وإن قلنا للحامل فالنفقة على الزوج والسيد لأنها كفلاها بحملها فكان أن عوض ذلك عليها كما لو استأجر داراً أكانت أجزتها عليها) المشرح (٥٠٧/١٢).

كتاب العتق ٤٧١

والرواية الثانية: لاتستحقها. هذا يشبه ما إذا مات عن امرأة حامل، هل تستحق النفقة لمدة حملها؟ على روايتين.

ومبنى الخلاف على الخلاف فى الحامل: هل هى للحمل، أو للحامل؟. فإن قلنا: هى للحمل، فلا نفقة لها ولا للأمة الحامل. لأن الحمل له نصيب فى الميراث.

وإن قلنا: للحمل، فالنفقة على الزوج، أو السيد. انتهى.
قلت: وبأتى فى كلام المصنف فى كتاب النفقات «هل تجب النفقة لحملها، أو لها من أجله؟ على روايتين» والصحيح من المذهب: أنها تجب للحمل.
قوله: ﴿وَإِذَا جَنَّتْ أُمُّ الْوَلَدِ، فَذَاهَا سَيِّدُهَا بِقِيَمَتِهَا أَوْ ذُوْنَهَا﴾
يعنى: إذا كان ذلك قدر أرش جنايتها. وهذا المذهب.
قال الزركشى، وابن منجا: هذا المذهب. وجزم به الخرقي، وصاحب الوجيز.
وقدمه فى الهداية، والفروع، والرعايتين، والحاوى الصغير.
وعنه: عليه فداؤها بأرش الجناية كله. حكاه أبو بكر. وقدمه فى النظم.
والفائق. وأطلقهما فى المحرر^(١).

فعلى المذهب: يقدمها بقيمتها يوم الفداء. قاله الأصحاب. وتجب قيمتها معية بعيب الاستيلاد.

قوله: ﴿وَإِنْ عَادَتْ فَجَنَّتْ فَذَاهَا أَيْضاً﴾.

هذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

قال الزركشى: هذا المشهور من الروايتين، والمختار لعامة الأصحاب: أبى بكر، والقاضى، وأصحابه، والمصنف، وغيرهم. حتى قال أبوبكر: ولو جنت ألف مرة. وقطع به الخرقي، وصاحب الوجيز، والمنور، وغيرهم.
وقدمه فى الهداية، والمحرر^(٢)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والنظم، والفروع والمغنى^(٣)، والشرح^(٤). ونصره.

(١) ذكر فيها الإطلاق صاحب المحرر قال (فعلى روايتين) المحرر (١٢/٢).

(٢) ذكره فى المحرر مقدماً فقال (وإن عادت فذاها كلما جنت كذلك) المحرر (١٢/٢).

(٣) ذكره أيضاً فى المغنى (٥١١/١٢).

(٤) ذكره فى الشرح مقدماً ونصره قوله: (ولنا أنها أم ولد جانية فلزمه فداؤها كالأولى ولأن ما أخذه عوض جنايته أخذه بحق) الشرح (٥١٠/١٢).

٤٧٢ كتاب العتق

قال ابن منجا: هذا المذهب.

وعنه: يتعلق الفداء الثانى وما بعده بذمتها. حكاها أبو الخطاب. وقدمه فى المستوعب، والترغيب. وأطلقهما فى المذهب.

وقال فى الفائق، قلت: المختار عدم إلزامه جنائيتها.

فعلى الرواية الثانية: قال فى الرعاية، قلت، يرجع الثانى على الأول بما يخصه مما أخذه.

تنبيه: أطلق المصنف هذه الرواية. وكذا أطلقها أبو الخطاب فى الهداية، والمصنف فى الكافى^(١)، والمجد فى المحرر^(٢)، وغيرهم.

وقيدها القاضى فى كتاب الروايتين، والمصنف، والمغنى^(٣)، والشارح،

حاكين ذلك عن أبى الخطاب، وابن حمدان فى رعايته بما إذا فداها أولاً بقيمتها.

قال الزركشى: ومتقتضى ذلك: أنه لو فداها أولاً بأقل من قيمتها : لزمه فداؤها تانياً بما بقى من القيمة بلا خلاف.

فائدة: قال المصنف، والشارح: وإن جنت جنائيات، وكانت كلها قبل فداء شىء منها: تعلق أرش الجميع برقيبتها. ولم يكن على السيد فى الجنائيات كلها إلا قيمتها، وأورش جميعها. وعليه الأقل منهما.

وبشترك الجنى عليهم فى الواجب لهم. فإن لم يف بها: تحاصوا فيها بقدر أورش جنائياتهم.

تنبيه: قوله: ﴿وَإِنْ قَتَلْتَ سَيِّدَهَا عَمْدًا، فَعَلَيْهَا الْقِصَاصُ﴾.

مقيد بما إذا لم يكن لها منه ولد. فإن كان لها منه ولد: لم يجب القصاص.

على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب.

وقد صرحوا به فى باب شروط القصاص بقولهم : ومتى ورث ولده القصاص أوشيتا منه: سقط القصاص. فلو قتل امرأته، وله منها ولد: سقط عنه القصاص. ونقل منها: يقتلها أولاده من غيرها.

(١) أطلق أيضا صاحب الكافى فقال (فإن عادت فجنت فداها كما وصفت لأن الموجب لفدائها وجد فى الثانية كوجوده فى الأولى فوجب استوائهما فى الفداء لاستوائهما فى مقتضيه) الكافى (٣٤٩/٢)

(٢) ذكر الإطلاق فى المحرر المحرر (١٢/٢).

(٣) ذكره فى المغنى انظر المغنى (٥١١/١٢).

كتاب العتق ٤٧٣

قال المصنف^(١)، والشارح: وهى مخالفة لأصول مذهبه، والصحيح: لاقصاص عليها.

قال فى الرعاية : لوليه - مع فقد ابنهما-: القود. وقيل: مطلقا.

قوله: ﴿فَإِنْ عَفَوْا عَلَى مَالٍ، أَوْ كَانَتِ الْجَنَائِيَةُ خَطَأً؛ فَعَلَيْهَا قِيمَةُ نَفْسِهَا﴾.

هذا إحدى الروايتين. وهو قول الخرقى، والمصنف فى كتبه، والقاضى، وجماعة من أصحابه.

والصحيح من المذهب: أنه يلزمها الأقل من قيمتها أو ديته. نص عليه.

وجزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحزر^(٢)، والنظم، والرعايتين، والحاوى الصغير، والوجيز، والقواعد الفقهية، وغيرهم. وقدمه فى الفروع.

قال ناظم المفردات:

إن قتلت فى الحكم أم الوالد	سيدها فى خطأ للرشد
أو كان عمداً فعفوا للمال	قيمتها تلزم فى المقال
أودية، فأنقص الأمرين	يلزمها إذ ذاك فى الحالين

قال الزركشى: ولعل إطلاق الأولين محمول على الغالب. إذ الغالب أن قيمة الأمة لا تزيد على دية الحر. انتهى.

قال الأصحاب: سواء قلنا الدية تحدث على ملك الورثة أولا.

وفى الروضة: دية الخطأ على عاقلتها. لأن عند آخر جزء مات من السيد عتقت ووجب الضمان.

فائدة: وكذا إن قتلته المدبرة - وقلنا: تعتق - على ماتقدم فى آخر باب المدبر.

قوله: ﴿وَتَعْتَقُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ﴾.

هذا المذهب^(٣). وعليه الأصحاب.

(١) ذكره المصنف فى المغنى بنصبه ونماه فى آخر باب أحكام أمهات الأولاد. المغنى (٥١٦/١٢)

(٢) ذكره فى المحرر بنصبه ونماه. المحرر (١٢/٢).

(٣) ذكره فى المغنى فقال (إذا قتلت سيدها عتقت لأنها لا يمكن نقل الملك فيها وقد زال ملك سيدها بقتله فصارت حرة) المغنى (٥١٦/١٢) الشرح (٥١٢/١٢) والمحزر (١٢/٢) والكافى (٣٥٠/٢) العمدة (٣٥٨).

٤٧٤ كتاب العتق

قال الزركشي: فيما عللوه به نظري. لأن الاستيلاد كما أنه سبب للعتق بعد الموت، كذلك النسب سبب للإرث. فكما جاز تخلف الإرث مع قيام السبب بالنص. فكذلك ينبغي أن يتخلف العتق مع قيام سببه. لأنه مثله.

وقد قيل في وجه الفرق: إن الحق - وهو الحرية - لا تسقط بفعلها. بخلاف الإرث، فإنه محض حقها.

وأورد عليه المدبرة، يبطل تدبيرها إذا قتلت سيدها، وإن كان الحق لغيرها وأجيب بضعف السبب في المدبرة.

قوله: ﴿وَلَا حَدَّ عَلَى قَادِئِهَا﴾.

هذا المذهب^(١). وعليه الأصحاب. ونص عليه.

وعنه: عليه الحد. وعنه: عليه الحد. إن كان لها ابن. لأنه أراده.

قال الزركشي: وينبغي إجراء الروايتين فيما إذا كان لها زوج حر. وكذلك ينبغي إجراءهما في الأمة القن.

ونظير ذلك: لو قذف أمة، أو ذمية لها ابن أو زوج مسلمان. فهل يحد؟

على روايتين. ذكرهما المجد وغيره.

وينبغي أن يقيد الابن والزوج بأن يكونا حرين. انتهى.

قوله: ﴿وَإِذَا أَسْلَمَتْ أُمٌّ وَلَدِ الْكَافِرِ، أَوْ مُدَبَّرَتُهُ: مُنِعَ مِنْ غَشْيَانِهَا وَحِيلَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا﴾ بلا نزاع.

ومقتضى ذلك: أن ملكه باق عليهما، وأنهما لم يعتقا.

أما في أم الولد: فهو المذهب. المختار لأبي بكر، والقاضي، وأبي الخطاب، والشريف، والشيرازي، وغيرهم.

وصححه المصنف^(٢)، والشارح، وغيرهما.

قال ابن منجا: هذا المذهب.

(١) ذكره في المغني فقال (ولا حد على قاذفها لأنها أمة حكمها حكم الإمام في أكثر أحكامها ففي الحد أولى) المغني (٥١٥/١٢) والشرح (٥١٣/١٢).

(٢) صححه في المغني فقال (وجملة ذلك أن الكافر يصح منه الاستيلاد لأتمته كما يصح منه عتقها وإذا استولد الذمي أمته ثم أسلمت لم تعتق في الحال لأنه الإسلام أطر على ملك فلم يوجب عتقا ولا سعاية كالعبد الغني) المغني (٥٠٨/١٢).

كتاب العتق ٤٧٥

وقدمه فى المذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحرم^(١)، والفروع، والفائق،
والرعائيتين، والحاورى الصغير، وغيرهم.

وعنه: تعتق فى الحال بمجرد إسلامها. نقلها منها. قاله المصنف فى الكافى^(٢) قال
الزركشى: ولا أعلم له سلفاً فى ذلك.

وعنه: أنها تستسعى فى حياته وتعتق. نقلها منها. قاله القاضى. ولم يثبتها أبو
بكر. فقال: أظن أن أبا عبد الله أطلق ذلك لمهنا، على سبيل المناظرة للوقت. وأما
المديرة: فحكمها حكم المدبر إذا أسلم. وقد ذكره المصنف فى باب التدبير وتقديم
الكلام على ذلك مستوفىً فليراجع.

وظاهر كلام المصنف: أن رواية الاستسعاء عائدة إلى أم الولد والمديرة.
والمنقول: أنها فى أم الولد. وحملها ابن منجا على ظاهرها. وجعلها على القول
بعدم جواز بيع المديرة.

قوله: ﴿وَأُجْبِرَ عَلَى نَفَقَتِهَا، إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا كَسْبٌ﴾.

هذا المذهب. اختاره ابن عبدوس فى تذكرته. وجزم به فى الوجيز، وغيره.
وقدمه فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمحرم^(٣)، والرعائيتين، والحاوى
الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم.

وقال المصنف: والصحيح أن نفقتها على سيدها، والكسب له، يصنع به ما شاء.
وعليه نفقتها على التمام، سواء كان لها كسب أو لم يكن. وهو ظاهر كلام الإمام
أحمد رحمه الله، والخرقى، قاله الزركشى.
قلت: وهو الصواب.

وعنه: لا تلزمه نفقتها بحال. وتستسعى فى قيمتها. ثم تعتق كما تقدم.
وذكر القاضى: أن نفقتها فى كسبها، والفاضل منه لسيدها.
فإن عجز كسبها عن نفقتها: فهل يلزم السيد تمام نفقتها؟ على روايتين. وتبع
القاضى جماعة من الأصحاب.

(١) ذكره بنصه فى المحرم مقدماً المحرم (١٢/٢).

(٢) ذكره فى الكافى بنصه وعنايه الكافى (٣٤٩/٢).

(٣) ذكره فى المحرم بنصه مقدماً المحرم (١٢/٢).

٤٧٦ كتاب العتق

قوله: ﴿وَإِذَا وَطِئَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الْجَارِيَةَ، فَأَوْلَدَهَا: صَارَتْ أُمٌ وَلَدٌ لَهُ. وَوَلَدُهُ حُرٌّ. وَعَلَيْهِ قِيمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِهِ﴾.

لا يلزمه نصيب الشريك فقط. على الصحيح من المذهب. جزم به فى الوجيز، والمنور. وهو ظاهر كلام الخرقى.

وقدمه فى المغنى^(١)، والمحزر^(٢)، والشرح^(٣)، والنظم، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم.

وعنه: يلزمه مع نصف مهرها.

وعنه: يلزمه مع نصف المهر نصف قيمة الولد.

وقال القاضى: إن وضعته بعد التقويم: فلا شىء فيه. لأنها وضعته فى ملكه وإن وضعته قبل ذلك: فالروايتان. واختار اللزوم. قاله الزركشى.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً: كَانَ فِي ذِمَّتِهِ﴾.

هذا المذهب. نص عليه. واختاره الخرقى، وغيره. وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى المحزر^(٤). والنظم، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع،

والفائق، والمغنى^(٥)، والشرح^(٦)، وغيرهم.

وعند القاضى فى الجامع الصغير، وأبى الخطاب فى الهداية: إن كان معسراً لم يسر استيلاؤه. فلا يقوم عليه نصيب شريكه. بل يصير نصفها أم ولد، ونصفها قن باق على ملك الشريك.

فعلى هذا القول: هل ولده حر أو نصفه؟ فيه وجهان.

وأطلقهما فى المغنى^(٧)، والشرح^(٨)، والفروع.

(١) ذكره المصنف فى المغنى مقدماً كما فى شرح النقطة القادمة المغنى (٣٩٥/١٢)

(٢) المحزر (١٢/٢).

(٣) ذكره فى الشرح مقدماً فقال (لأنه وطء صارف ملكه فلم يجب الحد كوطء زوجته الحائض ويقارن من لملك له فيه فإنه لا شبهة له فيها) الشرح (٥١٥/١٢).

(٤) ذكره فى المحزر مقدماً. المحزر (١٢/٢).

(٥) ذكره فى المغنى فقال (وإن كان معسراً فهو فى ذمته فعلى هذا تعتبر أم ولد للواطىء ومكاتبته له كان اشتراها وتكون مبقاة على مابقى من كتابتها وتعتبر قيمتها بما تساوى مكاتبته مبقاة على مابقى عليها من كتابتها) المغنى (٣٩٦/١٢).

(٦) ذكره فى الشرح كما فى المغنى الشرح (٥١٦/١٢).

(٧) ذكر الإطلاق فى المغنى (٣٩٧/١٢).

(٨) ذكر الإطلاق فى الشرح على روايتين الشرح (٥١٧).

كتاب العتق ٤٧٧

قلت: ظاهر كلام كثير من الأصحاب: أنه حر كله.

ثم وجدت الزركشي قال ذلك. قال ابن رزين في شرحه: وهو أصح.

قوله: ﴿فَإِنْ وَطِنَهَا الثَّانِي بَعْدَ ذَلِكَ، فَأَوْلَدَهَا. فَعَلَيْهِ مَهْرُهَا. فَإِنْ كَانَ عَالِمًا: فَوَلَدُهُ رَقِيقٌ، وَإِنْ جَهِلَ إِيْلَادَ شَرِيكِه، أَوْ أَنَّهَا صَارَتْ أُمًّا وَلَدِ لَه: فَوَلَدُهُ حُرٌّ. وَعَلَيْهِ فِدَاؤُهُ يَوْمَ الْوِلَادَةِ. ذِكْرُهُ الْخَرَقِيُّ﴾.

وهو المذهب. جزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في الفروع، وغيره. وهذا مبني على الصحيح من المذهب في المسألة التي قبلها.

وعلى قول القاضي، وأبي الخطاب: تكون أم ولد لهما. من مات منهما عتق حقه ويتكامل عتقها بموت الآخر.

وتقدم في باب الكتابة ما يشابه ذلك في قول المصنف «وإن كاتب اثنان جاريتهما ثم وطئها» وما يشابهها أيضاً: ما إذا كاتب حصته، وأعتق الشريك قبل أدائه فليراجع.

قوله: ﴿وَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ بَعْدَ ذَلِكَ﴾.

يعنى: بعد حكمنا بأنها صارت أم ولد لهما على قول القاضي، وأبي الخطاب.

﴿وَهُوَ مُوسِرٌ، فَهَلْ يَقُومُ عَلَيْهِ نَصِيْبُ شَرِيكِه؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

أحدهما: يقوم عليه. وهو المذهب.

قال في الفروع: مضموناً عليه على الأصح.

قال المصنف^(١)، والشارح^(٢): وهو أولى وأصح. إن شاء الله تعالى.

قال ابن منجا في شرحه: وهو أصح وأقوى.

وقدمه في المحرر^(٣)، والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق.

(١) ذكره المصنف في المغنى بنصه وتمامه. المغنى (٣٩٨/١٢).

(٢) والشرح (٥١٧/١٢).

(٣) ذكره في المحرر مقدماً. المحرر (١٢/٢).

٤٧٨ كتاب العتق

والوجه الثاني: لا يقوم عليه، بل يعتق مجاناً.
وقيل: لا يعتق إلا ما أعتقه. ولا يسرى إلى نصيب شريكه.
والله سبحانه وتعالى أعلم.

﴿﴾ آخر الجزء السابع ﴿﴾



فهرست الجزء السابع

٣	كتاب الوقف
١٠٧	باب الهبة والعطية
١٧٢	كتاب الوصايا
٢٠٨	باب الموصى له
٢٣٧	باب الموصى به
٢٦٠	باب الوصية بالأنصبة والأجزاء
٢٦٩	باب الموصى إليه
٢٨٧	كتاب الفرائض
٢٨٨	باب ميراث ذوي الفروض
٢٩٦	باب العصبات
٢٩٨	باب أصول المسائل
٣٠١	باب تصحيح المسائل
٣٠٢	باب المناسخات
٣٠٣	باب قسم التركات
٣٠٤	باب ذوي الأرحام
٣٠٩	باب ميراث الحمل
٣١٥	باب ميراث المفقود
٣٢١	باب ميراث الختنى
٣٢٤	باب ميراث الغرقى ومن عُُمِّي موتهم
٣٢٧	باب ميراث أهل الملل
٣٣٢	باب ميراث المطلقة
٣٣٩	باب الإقرار بمشارك في الميراث
٣٤٥	باب ميراث القاتل
٣٤٧	باب ميراث المعتق بعبه
٣٥١	باب الولاء
٣٦٨	كتاب العتق
٤٠٦	باب التدبير
٤١٩	باب الكتابة
٤٦٤	باب أحكام أمهات الأولاد

